



Seminari

sobre relacions col·lectives '08

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

Els textos són els originals que ens han lliurat els autors per mitjà de suport informàtic

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

www.lacuinagràfica.com

Sumari

Intro

Relacions col·lectives i jurisprudència constitucional durant l'any 2008

Xavier Boltaina Bosch

P.6

Permisos, llicències i polítiques de conciliació de la vida personal i la laboral:
possibilitats i límits de la negociació col·lectiva funcional

Dolors Miró Folgado

P.22

2

Las políticas sociales en la negociación colectiva de los funcionarios públicos:

marco de actuación tras el EBEP

Carolina Gala Durán

P.45

Los derechos colectivos en el ámbito de la policía local:
libertad sindical, huelga y negociación colectiva

Javier Barcelona Llop

P.87

3

4

Negociación colectiva y procesos de selección.

Marco de participación de la negociación colectiva: posibilidades y límites

Manuel Férrez

P.130

La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de la mesa de materias comunes.

Remedios Roqueta Buj

P.148

5

6

Estructura i funcionament de les meses de matèries comunes de laborals i funcionaris

M. Mercedes Arranz de Gracia

P.165

Introducció

Relacions col·lectives i jurisprudència constitucional durant l'any 2008

Xavier Boltaina Bosch

Professor de Ciències del Treball de la Universitat de Barcelona
Director de Recursos Humans
de l'Organisme de Gestió Tributària

Al llarg de l'any 2008 s'ha dut a terme per part de la Federació de Municipis de Catalunya el 10è Seminari de Relacions Col·lectives, on han participat tot un conjunt de ponents que han posat sobre la taula alguns dels aspectes més controvertits i fins i tot conflictius en el si de la negociació i de les relacions col·lectives entre les Administracions i els òrgans de representació sindical i unitaris. En aquesta publicació incorporem totes les intervencions escrites que han estat elaborades pels professors Carolina Gala (Universitat Autònoma de Barcelona), Javier Barcelona (Universitat de Cantàbria), Remedios Roqueta (Universitat de València), Dolors Miró (Universitat Oberta de Catalunya) i Manuel Férez (ESADE-Universitat Ramon Llull) i la Sra. Mercedes Arranz (Diputació de Barcelona).

L'any 2008 ha estat també el segon en que ha tingut vigència l'Estatut Bàsic de l'empleat públic (EBEP). Encara aviat per poder fer-se ressó de pronunciaments jurisprudencials del Tribunal Constitucional i, si s'escau, del Tribunal Suprem relatiu a les relacions col·lectives que es deriven de l'EBEP i, en especial, dels assumptes més conflictius, voldríem en aquesta introducció incorporar alguns comentaris a sentències de l'ordre constitucional que durant l'any 2008 han tractat de les relacions col·lectives, amb la voluntat de, en el futur, fer un recull també d'aquelles que siguin prou significatives emeses del Tribunal Suprem i el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

1. El contingut de la llibertat sindical

Malgrat que des de l'inici del funcionament del Tribunal Constitucional són ja in comptables el nombre de pronunciaments relatiu a la llibertat sindical, creiem convenient fer un recull dels trets més importants que sobre aquest dret s'han expressat al llarg de l'any 2008, a mòduls de recopilació i en concret, del debat d'algun aspecte del seu exercici. Ens sembla que un plantejament inicial general de la qüestió pot permetre al lector refrescar quins son els fils més significatius d'aquesta llibertat constitucional, amb el seu abast i límits.

l'art.28.1 de la Constitució reconeix el dret a la lliure sindicació; aquesta llibertat comprèn el dret a fundar sindicats i a afiliar-se al sindicat que desitgi el treballador, però també el dret dels propis sindicats a formar confederacions i a fundar organitzacions sindicals internacionals o a afiliar-se a les ja existents.

La llibertat de l'art.28.1 té un doble contingut, l'anomenat contingut "essencial" i el contingut "addicional".

Pel que fa al contingut essencial, abasta un caire organitzatiu i un de funcional. No es limita, per tant, el contingut essencial al primer dels dos caràcters.

Així, l'art.28.1 no té una vessant exclusivament organitzativa o associativa i no té caràcter de "*numerus clausus*". Davant d'aquesta vessant, hi ha una d'altra: la que s'anomena "*funcional*" o "*d'activitat*", això és, el dret dels sindicats a dur a terme activitats de defensa, protecció i promoció dels treballadors: "*desenvolupar els mitjans d'acció necessaris perquè puguin complir les funcions que constitucionalment tenen atribuïdes*".

- juntament al contingut "*essencial*" es reconeix l'anomenat contingut "*addicional*". Aquell primer va perfilat per la Constitució; aquest segon es el que atribueix la legislació vigent o els convenis col·lectius. Suposa afegir al contingut essencial –que seria un nucli mínim i indisponible– uns altres drets o facultats "*addicionals*" per via legal o convencional. Malgrat que el seu suport no estigui directament en la Constitució, en estar recollits en lleis o convenis comporta que els actes contraris al contingut addicional també poden infringir l'art.28.1 de la Carta Magna³.

La STC 152/2008 ha tingut ocasió de recordar que dins d'aquest dret a la llibertat sindical, en la seva vessant de contingut addicional, es troba el dret dels sindicats a presentar candidatures als òrgans unitaris de representació de treballadors i funcionaris en els comitès d'empresa i juntes de personal. No obstant, la interrelació entre el contingut essencial i l'addicional es molt clar, perquè en el supòsit enjudiciat –falta de reconeixement judicial del caràcter sindical d'una determinada entitat, que impedia que es pogués presentar com a tal sindicat a unes eleccions– malgrat que pogués semblar que afectava al contingut addicional –participació en un procés electoral– en realitat afectava al contingut essencial, doncs es negava la seva condició de sindicat.

- en relació a les associacions professionals i els sindicats, la jurisprudència ha tingut ocasió de recordar que no són entitats contraposades, des de la perspectiva constitucional, ja que hi ha entre elles una relació de "*gènere*" i "*espècie*". Es tracta d'un desenvolupament teòric interessant que permet resoldre alguns conflictes importants com és el cas que enjudicia la STC 152/2008, es a dir, si es pot considerar sindicat una federació d'associacions de cossos funcionaris⁴.

1. Vegeu, per totes, la STC 281/2005 de 7 de novembre.

2. Entre les més recents, STC 108/2008 de 22 de setembre.

3. Vegeu les SSTC 34/2004 de 8 de març i 200/2006 de 3 de juliol.

4. En el supòsit concret es tractava de dilucidar si la Federació d'Associacions dels Cossos Superiors de l'Administració Civil de l'Estat, constituïda a l'empara de la Llei 19/1977 d'associació sindical tenia la consideració de sindical o solament professional, doncs la seva finalitat era representar i defensar els interessos professionals a un conjunt d'associacions que la integraven –un total de 28, l'any 2007, representatives dels cossos d'"elit" –com així els anomena la sentència d'instància– de l'Administració estatal: advocats de l'Estat, Inspectors de Treball, Inspectors d'Hisenda, Economistes de l'Estat, etc....

Les associacions, reconegudes en l'art.35.1 del Codi Civil, poden tenir també un emparament constitucional, i en aquest sentit, es considera que ho són aquelles que compleixen finalitats de rellevància constitucional, com són els partits polítics –art.6 de la Constitució- o els sindicats i organitzacions empresarials –art.7-. Des d'aquesta òptica, un sindicat és “*una manifestació associativa amb rellevància constitucional*”: tant la seva constitució com el seu funcionament suposen l'exercici de drets d'associació –reconeguts en l'art.22 de la Constitució- i de llibertat sindical –art.28.1 del màxim text⁵.

No obstant, al igual que els partits polítics, els sindicats no són qualsevol tipus d'associació, sinó una de molt particularitzada, ja que tenen com a finalitat la promoció i defensa d'interessos econòmics i socials; la seva acció sindical es lliga també amb el dret de vaga, la negociació col·lectiva i l'adopció de mesures de conflicte col·lectiu.

És important ressaltar-ho, perquè per a la jurisprudència constitucional, aquestes finalitats –promoció i defensa dels interessos econòmics i socials dels treballadors- i els mitjans d'actuació, fan que distingeixin als sindicats de la resta d'associacions que puguin donar-se en el sistema espanyol. - es interessant també analitzar si es pot considerar organització sindical a aquella associació que no permet l'afiliació de treballadors o funcionaris, que va ser una de les raons argumentades per denegar aquest caràcter a l'associació esmentada en la STC 152/2008. La conclusió a la qual s'arriba es que si bé per essència un sindicat és aquell que es conforma per tenir treballadors afiliats, també es cert que l'art.28.1 preveu el dret dels sindicats a formar confederacions i fundar organitzacions sindicals internacionals o afiliar-se a aquestes. A més a més, l'art.2.2.b de la Llei Orgànica de Llibertat Sindical indica que les organitzacions sindicals tenen dret a constituir federacions, confederacions i organitzacions internacionals, així com a afiliar-se a aquestes. Per aquesta raó, el Tribunal Constitucional creu que no hi ha cap impediment en el nostre màxim text, però tampoc en cap llei orgànica o ordinària, per a que la llibertat sindical s'exerceixi a través d'una organització “*complexa*” que agrupi “*diverses estructures associatives sindicals*”. Aquestes estructures sindicals complexes tenen com a fi coordinar i conjuntar els esforços de diverses associacions per a aconseguir la tutela i satisfacció dels interessos professionals que resulten comuns a tot el col·lectiu agrupat.

- i per a l'àmbit de l'Administració Pública, la jurisprudència ha tingut un cop més oportunitat de valorar si la lliber-

5. En aquest sentit, es poden consultar les SSTC 18/1984 de 7 de febrer, 121/1997 d'1 de juliol i 7/2001 de 15 de gener.

tat sindical permet l'exclusivitat d'organitzacions sindicals adreçades sols a protegir a funcionaris. Des d'aquesta òptica, a Espanya no hi ha ni a la Constitució ni a les lleis un impediment per a constituir sindicats que restringeixin l'afiliació a col·lectius específics, o com diu la STC 152/2008, a *“qualificacions professionals, especialitats laborals o professionals de treballadors”*. Correspondrà, en aquest cas, als seus Estatuts, fixar l'àmbit funcional d'actuació i en aquest cas, es pot considerar legítim limitar l'afiliació als funcionaris públics inclosos en els *“cossos d'elit”*, més enllà de les valoracions de tipus sindical o social que es puguin realitzar davant d'aquestes opcions de caire corporativista.

Al fil d'això, la sentència esmentada recorda un cop més que l'art.28.1 de la Constitució no exclou ni limita el dret de llibertat sindical dels funcionaris públics; que la única cosa que fa amb matissos és que tot d'acord amb l'art.103.3 del text constitucional, es preveu la regulació per llei de *“les peculiaritats”* de l'exercici d'aquest dret en la funció pública. La LOLS ha optat per reconèixer el dret a tots els empleats de l'Administració, laborals i funcionaris, restant exceptuats de l'exercici els membres dels cossos i forces de seguretat i els jutges, magistrats i fiscals. Més enllà d'això, el fet de pertànyer a Cossos funcionaris molt concrets, de –presumpta- *“elit”*, amb una *“específica qualificació professional”* no permet negar-lis la llibertat sindical ni *“imposar-lis la tutela dels seus drets professionals per camins diversos als sindicals”*⁶.

2. Abast i límits de la llibertat d'expressió i d'informació en l'exercici de la llibertat sindical.

Es tracta d'una qüestió que ha estat sovint sobre la taula de molts processos judicials. També durant l'any 2008 s'ha tingut ocasió d'enjudiciar, des de la perspectiva constitucional, quin és l'abast i quins són els límits de l'actuació sindical i de l'exercici de la llibertat d'expressió i informació derivada d'aquella.

En la dicotomia empresa-organització sindical, en el dia a dia, es produeixen quasi sempre per part d'aquestes últimes, a través dels seus representants, tot un conjunt de manifestacions que poden considerar-se extralimitacions en la llibertat sindical i que podrien encabir-se en l'àmbit de les injúries i/o les calúmnies i que segons els seus termes, poden considerar que lesionen la dignitat de la perso-

6. STC 152/2008, fonament jurídic 4t.

na, menystenint el seu honor o atemptant contra la seva pròpia estimació, en ser vexatòries i insultants i, en especial, innecessàries per al dret d'informació que comporta la llibertat sindical⁷.

En aquest cas, però, és important apropar-nos als raonaments de la STC 108/2008 perquè a diferència de moltes altres, en què el debat es produeix per una sanció de tipus laboral –que pot arribar fins i tot a l'acomiadament- d'un representant sindical o unitari, aquí el judici del Tribunal abasta a una condemna penal per un delicte d'injúries. En aquest sentit, un cop analitzada la doctrina que es desprèn, ens sembla important ressaltar alguns trets bàsics que poden conformar el corpus fonamental de la doctrina constitucional que fixa els límits de la llibertat sindical i la llibertat d'expressió versus el dret a l'honor i la transgressió dels límits en l'exercici d'aquelles llibertats.

- el Tribunal Constitucional afirma que el delictes i faltes descrites en el Codi Penal –en aquest cas, les injúries i/o les calúmnies-, a l'hora d'aplicar-se han de tenir en compte el contingut dels drets fonamentals constitucionals. Així, els tipus penals no poden interpretar-se i aplicar-se de forma contrària als drets fonamentals i –afirmació de gran importància- els fets provats no poden ser al mateix temps valorats com a conductes delictives i, alhora, actes d'exercici d'un dret fonamental⁸. Tanmateix, la jurisprudència constitucional afirma que la presència d'un aspecte “sindical” en el conflicte en via penal no impedeix l'actuació de la jurisdicció penal, ans al contrari: aquesta presència d'un representant sindical o que s'hagin dut a terme actes amb transcendència sindical no exclou que l'ordre jurisdiccional no pugui imposar una sanció penal, si la conducta valorada va més enllà del contingut, la funció, la finalitat i els mitjans necessaris per a l'acció sindical, la qual cosa, a sensu contrari, porta a afirmar que si un conducta “*ha de ser qualificada com a inequívocament sindical en atenció a aquests mateixos criteris, resultarà constitucionalment inacceptable la imposició d'una sanció penal*”⁹.

- les expressions i informacions donades pels representants sindicals en l'exercici de les seves funcions, encara que emmarcades dins d'una hipotètica llibertat d'expressió o informació, tenen una particularitat: no ho són dins dels genèrics drets fixats per la Constitució, sinó dels relatius a la informació i l'expressió sobre matèries d'interès laboral i sindical, com instruments de l'exercici de la funció representativa. Per tant, quan la via penal intervé, serà imprescindible establir si es va exercir el dret de llibertat sindical

7. La STC 108/2008 de 22 de setembre té el seu origen en la sentència de 31 de gener de 2005 de l'Audiència Provincial de Saragossa, que desestima el recurs d'apel·lació nr.364-2004 interposat contra la sentència del jutjat penal núm.7 de 5 de juliol de 2004. La jurisdicció penal havia considerat com injúries la qualificació feta a l'empresari com a “explotador”, “compañia de explotación” i “sucia empresa” (segons la versió original en castellà). L'Audiència confirma la sentència d'instància i fins i tot afirma que aquesta ha estat massa benevolent i que no la pot modificar en base a la prohibició que se'n deriva de la reformatio in peius.

8. Vegeu les SSTC 110/2000 de 5 de maig, 297/2000 de 11 de desembre i 185/2003 de 27 d'octubre.

9. STC 185/2003 de 27 d'octubre, fonament jurídic 5è.

dins d'un "àmbit legítim" o si hi ha un excés d'aquest àmbit. Com i on es pot fixar aquesta frontera?. Tot seguit ho detallarem.

a) la primera qüestió a analitzar es si l'expressió i la informació emprada ho és dins del marc d'un conflicte laboral. Es a dir, cal situar el "context" en què es dona la presumpta extralimitació. En aquest sentit, pot haver-hi una actuació interna –dins de l'empresa- però també externa, i sembla acceptar-se que la posada en contacte de les organitzacions sindicals amb la clientela o terceres persones que es relacionen amb l'empresa és acceptable, dins d'aquell context d'informació del conflicte laboral. Es considera, a això, "un instrument més de reivindicació en defensa dels drets dels treballadors"¹⁰.

b) no obstant, encara que això es doni dins del "context" esmentat, no implica que el dret a la llibertat sindical no s'hagi extralimitat en els qualificatius i valoracions crítiques referides a l'empresa, als seus directius o representants. La jurisdicció penal, a través de la sentència de l'Audiència Provincial de Saragossa de 31 de gener de 2005 –secció tercera- entengué que es vexatori i insultant utilitzar expressions com "explotador" i "sucia empresa", que no podien ser qualificades com informació destinada a formar una opinió sinó com la pròpia expressió d'una opinió o judici de valor sobre la conducta de l'empresari, de tal manera que l'enjudiciament ho serà en relació a la llibertat d'expressió i no sobre la veracitat que s'exigeix quan es comunica informació.

c) El Tribunal Constitucional, però, al llarg de la seva història, ha emmarcat la llibertat d'expressió dins d'uns determinats paràmetres: consisteix no sols en la manifestació de pensaments i idees, sinó que també comprèn la crítica a terceres persones; aquesta crítica pot ser poc agradable i molesta –en expressió literal del Tribunal, pot ser "desabrida"– en el seu terme castellà- i pot molestar, inquietar o disgustar. Però malgrat això, la jurisdicció constitucional considera que així ho requereix el pluralisme, la tolerància, l'esperit d'apertura propis d'una societat democràtica. Aquest seria l'àmbit tolerable, malgrat que pugui ser, com hem esmentat, desagradable.

Per contra, restarien fora de la protecció de la llibertat d'expressió d'altres expressions i manifestacions: les frases i expressions ofensives o que impliquen un ultratge, que no guarden relació amb les idees i opinions que s'exposin, i que també siguin innecessàries, sempre i en tot cas segons el context i les circumstàncies concurrents". En resum, la lli-

10. STC 108/2008, fonament jurídic 5è.

11. Sobre aquest context i circumstàncies concurrents, vegeu la STC 9/2007 de 15 de gener, fonament jurídic 4t.

bertat d'expressió no inclou el dret a l'insult. Literalment, *“de la protecció constitucional (...) són excloses les expressions absolutament vexatòries, es a dir les que, en les concretes circumstàncies del cas, i al marge de la seva veracitat o no veracitat, siguin ofensives o oprobioses i resultin impertinents per expressar les opinions de que es tracti”*¹².

d) a partir d'aquí, qualsevol decisió ha de prendre el supòsit cas per cas, en funció del context i de les circumstàncies en què es produeixen les hipotètiques extralimitacions. La jurisprudència constitucional ha estat molt tolerant en aquest sentit, potser sense entrar a valorar els perjudicis que pot produir a la part ofesa. En tot cas, ha validat el llenguatge *“dur i agressiu”*, en encabir-lo com a manifestacions no inhabituals en situacions de tensió i conflicte, alienes a un *animus iniuriandi* i més bé *“reflex d'un llenguatge que ha vingut emprant-se habitualment en la pràctica sindical”*¹³. Aquesta tolerància, que pot no ser compartida, no sembla que trobi un contrapunt en la hipotètica llibertat d'expressió també dura i agressiva de l'altra part, a la qual el Tribunal pràcticament mai fa referència, per la qual cosa no sembla que es donin els necessaris punts d'equilibri en el respecte a les empreses, persones i institucions.

3. Garantia d'indemnitat i drets sindicals

Un nombre relativament important de sentències del Tribunal Constitucional (STC) s'han referit a la garantia d'indemnitat en relació a l'exercici dels drets sindicals. Les més importants al llarg de l'any 2008 són les **SSTC 90/2008 de 21 de juliol, 137/2008 de 27 d'octubre, 178/2008 de 22 de desembre i 179/2008 de 22 de desembre**, totes elles referides a l'Administració pública i, específicament, al procediment de provisió de llocs de treball i com es pot veure afectat aquest per part d'aquells que concuren i que tenen la condició d'alliberats sindicals.

Es important, però, fixar l'abast de la garantia d'indemnitat referida, d'acord amb la pròpia jurisprudència constitucional anterior a l'any 2008, que podríem resumir en els trets específics que tot seguit indiquem.

En primer lloc, des de la perspectiva del treballador o funcionari que ostenta una afiliació sindical, la referida garantia d'indemnitat implica que aquell no pot sofrir, per raó d'una determinada afiliació o activitat sindical, un perjudici en la seva situació professional, de promoció o de drets econòmics en l'empresa o entitat en què treballa.

12. Es poden consultar les SSTC 20/2002 de 28 de gener, 198/2004 de 15 de novembre, 39/2005 de 28 de febrer, 174/2006 de 5 de juny. La cita literal apareix en la STC 108/2008 de 22 de setembre.

13. STC 198/2004 de 15 de novembre.

Nombrosos pronunciaments judicials de tot ordre han tingut ocasió de tractar la qüestió que, per regla general, s'han centrat en hipotètics perjudicis en les condicions econòmiques especialment quan es tracta de treballadors o funcionaris que ostenten la condició d'alliberat sindical¹⁴.

En segon terme, el Tribunal Constitucional considera, a més a més, que quan es produeix aquest perjudici, el mateix s'estén al sindicat de l'afiliat esmentat, ja que es veu perjudicada la funció representativa i de defensa dels empleats que la Constitució encomana a les organitzacions sindicals¹⁵.

Finalment, però, el Tribunal Constitucional considera que la garantia d'indemnitat no és il·limitada ni omnímoda. Límits que tenen una configuració especial en l'Administració Pública. Així, la garantia d'indemnitat es pot veure limitada per la concurrència d'altres bens i drets constitucionals, com és el de l'eficàcia de l'actuació administrativa. No obstant, aquesta "limitació" a la garantia solament serà conforme amb la Constitució si suposa un "sacrifici" que sigui "justificat" i "proporcionat"¹⁶.

Des de la perspectiva esmentada, els pronunciaments constitucionals esmentats més amunt analitzen la col·lisió que es produeix en l'àmbit de l'Administració entre la condició d'alliberat sindical i determinades situacions que impliquen el reconeixement de serveis prestats. Val a dir que aquesta circumstància es pot donar en un munt de situacions, com és el que es dona en el cas en qüestió –valoració de mèrits en un concurs de provisió de llocs de treball– però també en d'altres, de no menor importància, com serveis prestats per a computar en processos de selecció o promoció interna, per exemple.

En els supòsits analitzats, l'Administració –autonòmica– no havia computat com a temps de serveis el temps d'alliberat sindical i en totes les resolucions d'instància, aquest no còmput havia estat avalat per sentències del Tribunal Superior de Justícia en base a què l'acreditació d'experiència com a mèrit equival a l'exercici efectiu de funcions i que no es pot considerar com a tal el període en el que el treballador es trobava en situació d'alliberat sindical a temps complet¹⁷; segons aquesta tesi, no valorar el temps de serveis dels alliberats no pugna amb la garantia d'indemnitat, "ja que en aquest supòsit el desenvolupament de la tasca sindical no perjudica a qui la realitza ni laboral ni econòmicament. Es tracta, sols, d'evitar una ficció que fins i tot discriminaria a d'altres concursants i que podria perjudicar els interessos generals"¹⁸, si bé aquests serveis sí cal tenir-los en

14. Podem esmentar, entre moltes d'altres, les SSTC 191/1998 de 29 de setembre, 30/2000 de 31 de gener, 2/2005 de 18 d'abril i 151/2006 de 22 de maig.

15. Vegeu en aquest sentit, la STC 191/1998 de 29 de setembre, fonament jurídic 5è.

16. Vegeu les SSTC 265/2000, 336/2005 i 257/2007.

17. Es tracta de les sentències del Tribunal Superior de Justícia d'Extremadura, sala contencioso-administrativa, de 9 de novembre de 2005, 14 de febrer de 2006, 11 de maig de 2006 i 23 d'octubre de 2006.

18. STSJ d'Extremadura de 23 d'octubre de 2006, FJ 2n.

compte als efectes d'antiguitat i d'altres drets inherents al fet de romandre en el servei actiu¹⁹ –situació que es tal, malgrat ser alliberat sindical-.

El Tribunal Constitucional ha mantingut una conclusió diferent a les sentències del Tribunal Superior de Justícia i conclou que la garantia d'indemnitat abasta aquest supòsit, en base als següents arguments:

s'acredita que hi ha un perjudici en la carrera professional d'aquest empleat públic que té la condició d'alliberat sindical. En rebutjar-se que aquest període d'alliberat no computa als efectes de temps en el concurs de mèrits –per haver-se considerat que la manca de prestació efectiva de serveis és incompatible amb l'experiència exigida- obliga al treballador o funcionari, de manera indirecta, a escollir entre aquella carrera professional i l'activitat sindical, doncs en optar per aquest última, veu retallat el seu dret a la primera, en no computar-se el temps d'alliberat.

el Tribunal, però, no pot oblidar els límits d'eficàcia que es poden fer prevaldre davant la garantia d'indemnitat, si bé no els troba en els supòsits en qüestió. En concret, no troba que el “*sacrifici*” que l'Administració vol imposar a l'empleat no té empara en la preservació de l'eficàcia administrativa, “*atès que no apareix com a una mesura idònia, necessària i, en definitiva, proporcionada per assolir la fi prevista*”²⁰.

4. Exercici dels drets col·lectius i la seva influència en els processos electorals polítics: límits i garanties

La jurisprudència constitucional ha plantejat una molt interessant situació i que comporta establir si determinats drets col·lectius, reconeguts constitucionalment, com el dret de vaga, o d'altres que poden considerar-se drets inespecífics, però amb abast laboral, com el dret de manifestació o de reunió, poden veure's reduïts o limitats per l'existència d'un procés electoral en marxa. En el cas en qüestió determinats sindicats i associacions de la policia a Catalunya varen convocar una manifestació reivindicativa laboral que coincidia dins del període de campanya electoral al Parlament autonòmic; es va haver de determinar si la prohibició que va sofrir era acceptable o no des de la perspectiva constitucional, a la qual cosa va dedicar el seu raonament la STC 170/2008.

A ningú se li escapa la importància del tema, perquè no són pocs els supòsits en què davant d'unes eleccions gene-

19. En aquest sentit es pronuncia la sentència del Jutjat contenciós-administratiu núm.1 de Mèrida de 19 de setembre de 2005, confirmada posteriorment per la STSJ d'Extremadura de 11 de maig de 2006.

20. Per totes, STC 179/2008 de 22 de desembre, FJ 3r.

rals o als parlaments autonòmics, o encara amb més proximitat, unes eleccions locals, es duen a terme accions col·lectives impulsades per treballadors o organitzacions sindicals en demanda de reivindicacions professionals o corporatives. Raó per la qual creiem important analitzar els diferents aspectes de la qüestió que poden ser d'interès per als gestors polítics, de recursos humans i sindicals de les Corporacions locals.

S'ha d'indicar, en primer lloc, que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en la seva sentència de 26 d'octubre de 2006 va afirmar que l'únic límit explícit al dret de reunió i manifestació ve donat per l'alteració de l'ordre públic amb perill per a les persones o bens, però que poden haver-hi d'altres límits que se'n deriven de l'existència d'altres drets fonamentals i valors constitucionals, entre els quals hi és el d'accés als càrrecs públics en condicions d'igualtat, a l'empara de l'art.23 de la Constitució. Per aquesta raó, aquesta sentència indicà que un de les manifestacions d'aquell accés en condicions d'igualtat *“és precisament una campana electoral equilibrada en igualtat de condicions per als participants, en tractar-se en definitiva de compatibilitzar l'exercici del dret de manifestació amb la puresa del procés electoral”*, més el pluralisme polític que apareix recollit com uns dels valors superiors de l'ordenament jurídic. El tribunal català, davant d'aquest raonament, va estimar que podia donar-se una contraposició entre una demanda laboral que es conflictivitza i un procés electoral; en concret, que l'exercici d'una manifestació pot tenir una finalitat de reivindicació purament laboral però també que *“uns treballadors que són membres de la policia (...) i per tant els empleadors dels quals precisament són autoritats polítiques que (...) concorren com a candidats a les properes eleccions”* dona peu a aquesta confluència, en especial si es té en compte que *“entre les reivindicacions o crítiques que es pretenen fer públiques amb la manifestació s'inclouen reprovacions a la gestió realitzada”*.

El tema no és, en absolut menor, i davant d'això cal emmarcar la problemàtica, valorar els diferents raonaments jurídics en seu constitucional i extreure una conclusió que pugui servir per al operador jurídic dels ens locals cara al futur. En aquest sentit, volem distingir entre els arguments en favor i en contra, perquè la resposta no pot ser clara i unidireccional, sinó que caldrà matisar-la en funció de cada circumstància específica en que es puguin trobar les nostres Administracions.

a) el dret de reunió es una manifestació col·lectiva de la llibertat d'expressió exercitada a través d'una associació

transitòria: es un dret individual pel que fa als seus titulars i de caràcter col·lectiu en el seu exercici, que en un Estat democràtic adquireix un relleu fonamental. Se l'ha qualificat de “*tècnica instrumental*”, que es posa al servei –teòricament- de l'intercanvi i exposició d'idees, la defensa d'interessos o la publicitat de problemes o reivindicacions. Com ha afirmat la jurisprudència constitucional²¹, es dona en el dret quatre elements: el temporal –té una durada transitòria-, el subjectiu –el duen a terme un grup de persones-, el finalista –ha de tenir una finalitat lícita- i el real o objectiu –el lloc físic de celebració-. Es significatiu dir que malgrat considerar-se una tècnica instrumental, es diu que, sovint, és un dels pocs mitjans que es disposa, per part d'alguns grups socials, laborals, de ciutadans, etc... per expressar en públic les seves idees i reivindicacions²². Tanmateix no es un dret sense límits, com analitzarem en a continuació, però sota la consideració de que hi ha una clara assumpció del dret de reunió, on tota actuació limitativa d'aquest dret s'ha de fer partint que preval el principi o criteri d'afavoriment del dret de reunió²³.

b) l'exercici d'un dret col·lectiu o d'un dret constitucional inespecífic de caràcter laboral, dins d'un procés electoral, com es el cas del dret de reunió, pot tenir incidència en el resultat electoral i per tant, no és absurd entendre que aquesta circumstància constitueix un límit en l'exercici de drets constitucionals com és en el cas que en ocupa, el de reunió i de manifestació –que serien pròpiament drets laborals inespecífics-. Seguint aquesta lògica, una desautorització per part de l'Autoritat competent seria una mesura proporcional ja que, per una banda, no es una prohibició absoluta i, per altra, no és permanent, ja que a fi de comptes, en campanyes electorals limitades en el temps (dues setmanes), l'exercici del dret es pot efectuar finalitzat aquest període. Una argumentació que tindria en compte tres qüestions bàsiques: no es pot negar el dret de la ciutadania a conèixer les reivindicacions dels empleats públics; tanmateix aquella persona o entitat que no està legitimada per dur a terme una campanya electoral tampoc “*pot dur a terme actuacions que indirectament puguin incidir en la voluntat de vot dels electors, incentivant o desincentivant l'eventual inclinació cap a una determinada candidatura*”; i en tercer lloc, els lemes o raons d'una manifestació o acte de conflicte col·lectiu en campanya electoral han de ser molt acurats en un procés electoral polític, quan a més poden haver-hi raons d'oportunisme polític per a la realització²⁴. Sota aquest plantejament cal valorar si el dret de

21. Vegeu en aquest sentit les SSTC 85/1988 de 28 d'abril, 66/1995 de 8 de maig, 196/2002 de 28 d'octubre i 301/2006 de 23 d'octubre.

22. STC 301/2006 de 23 d'octubre.

23. STC 236/2007 de 7 de novembre.

24. En aquest sentit, es manifestaren les al·legacions de 8 d'abril de 2008 formulades per la Generalitat de Catalunya en el recurs d'empara núm.10471-2006 que va donar peu a la STC 170/2008.

reunió que abans hem descrit, pot veure's limitat.

És evident que el dret de reunió no és un dret absolut o il·limitat. Aquest límit pot venir per la possible alteració de l'ordre públic amb perill per a persones i bens, però també –que es la part que més ens interessa en aquest debat ja que és el que sovint es poden trobar les Corporacions locals en mig d'un procés electoral- la restricció pot venir pel fet que el seu exercici, quan es “*extralimitat*” pot col·lidir amb d'altres valors constitucionals²⁵: es factible l'adopció de mesures restrictives, legalment previstes, que siguin necessàries en una societat democràtica per a coadjuvar a la seguretat pública i la seguretat nacional, la defensa de l'ordre i la prevenció del delictes, la protecció de la salut o la moral o la protecció dels drets i llibertats d'altres persones, tot d'acord amb el que preveu l'art.11.2 del Conveni Europeu de Drets Humans²⁶.

Es pot concloure, per tant, que seria factible que l'autoritat pertinent –en el nostre cas, l'autoritat electoral- pogués reconduir o prohibir l'exercici d'un dret com l'esmentat, però sota uns estrictes paràmetres. La reconducció podria establir-se en que es pot exigir als convocants que l'exercici del dret es faci de manera respectuosa amb els límits constitucionals –afirmació que malgrat ser interessant, no deixa de comportar un elevat risc d'indefinició i d'hipotètic incompliment pràctic-. La reconducció pot implicar, per tant, una restricció de l'exercici del dret o una modificació de les circumstàncies en el seu exercici²⁷; pot també haver-hi una prohibició, “*sinó hi ha cap modus per assegurar que l'exercici del dret*” respecti aquells límits o els altres drets constitucionals igualment tutelats.

c) En tots els anteriors supòsits, però, cal que es donin raons fonamentades, que hauran de recollir-se en la resolució. No val qualsevol resolució, cal que sigui molt fonamentada, on s'indiqui les raons que poden portar a entendre que el dret fonamental de reunió, per al cas concret, pot produir una pertorbació “*desproporcionada*” d'altres bens o drets constitucionals²⁸, sense que es pugui acceptar l'existència de dubtes hipotètics sobre els efectes negatius. Es a dir, la Constitució permet la limitació però en base a tres regles:

- el principi d'afavoriment del dret de reunió;
- la possible limitació o prohibició del mateix no sota simples sospites o possibilitats sinó en base a conviccions certes i sòlides –raons “convinents i imperatives”, en termes emprats per la jurisprudència europea²⁹- de l'existència d'un perjudici i, finalment,

25. STC 195/2003 de 27 d'octubre.

26. El Tribunal Europeu de Drets Humans ha considerat proporcionada l'ordre d'evacuació d'una església, on es realitzava una reunió pacífica i sense que pertorbés l'ordre públic, en base a que salut dels assistents s'havia degradat i la protecció sanitària era deficient (TEDH, sentència de 9 d'abril de 2002). Vegeu aquest raonament en la STC 195/2003.

27. STC 36/1982 de 16 de juny.

28. La STC 195/2003, recollida en aquests termes per la STC 170/2008, es refereix a “desproporcionada pertorbació” i no a qualsevol pertorbació, qualificatiu que és molt important, com podem comprovar en el resultat del procés comentat en el text principal.

29. Així s'expressà la sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans de 10 de juliol de 1998. Argumentari assumit per la STC 236/2007 de 7 de novembre.

- que aquest perjudici no sigui qualsevol, sinó que comporti una desproporcionada pertorbació en bens o drets també tutelats per la Constitució.

d) En arribar a aquest punt, cal fixar si realment l'exercici d'un dret com l'esmentat, en aquest cas el de reunió –o manifestació, etc.– en mig d'una campanya electoral política, pot veure's restringit o prohibit pel fet que pot tenir incidència en els resultats electorals. Al respecte, l'argumentari del Tribunal Constitució per al cas concret que hem indicat seria el d'acceptació del dret de reunió o manifestació. Els tres arguments bàsics serien els següents, en algun cas no exempt d'una reflexió irònica al nostre parer:

- el Tribunal Constitucional considera que en una campanya electoral els missatges polítics tenen poca o cap capacitat suficient per forçar o desviar la voluntat de la ciutadania a l'hora d'elegir. Ho raona en base al caràcter “*íntim*” de la decisió del vot i els mitjans legals per garantir la llibertat d'elecció. Es un criteri que no compartim, doncs ens portaria a un cert absurd dels processos electorals. Però seguint aquest argument, el Tribunal considera que encara menys incidència tindrà les manifestacions o declaracions d'altres entitats o persones que no són organitzacions polítiques, i que no pretenen captar sufragis. Asseveració que tampoc compartim i que fins i tot sorprèn que sigui establerta com argument jurídic³⁰ i potser perquè no deixa de ser bastant agosarat dir-ho, el Tribunal Constitucional tampoc nega que “les opinions derivades d'aqueix intercanvi, exposició, defensa o reivindicació poden arribar a influir en el ciutadà....”, la qual cosa no deixa de ser contradictori en si mateix respecte de la consideració anterior. Més que un “sí, però no” es un “no, però sí” o, encara millor, un “no, però potser que sí....”.

- conseqüència de l'anterior ambivalent criteri, el Tribunal Constitucional entén que poden donar-se raons per a la prohibició sempre i quan l'Administració pugui clarament justificar el següent:

a) que l'exercici del dret de reunió tingui un caràcter electoral i que aquesta sospita es basi en “*raons fonamentades*”, la qual cosa es de per si extraordinàriament difícil, però no dir impossible, en vista de que el recurs a la reivindicació laboral o funcional quasi sempre permetria solapar, encara que sigui en frau de llei, l'altre voluntat d'intervenció electoral. Això es, “*l'exercici del dret de reunió, del que el dret de manifestació resulta una vessant, ha de prevaldre, llevat que resulti suficientment acreditat (...) que la finalitat principal de la convocatòria és la captació de sufragis*”³¹.

30. En aquest respecte, la STC 136/1999 de 20 de juliol, fonament jurídic 16è.

31. STC 170/2008, fonament jurídic 4t.

b) que la convocatòria no sigui feta per un partit polític o entitat que pugui participar en un procés electoral polític.

En conseqüència, únicament si es donen aquestes premisses podrà restringir-se o prohibir-se el dret de reunió en plena època electoral.

Ponências

1

Permisos, llicències i polítiques de conciliació de la vida personal i la laboral: possibilitats i límits de la negociació col·lectiva funcional

Dolors Miró Folgado
Tècnica del CEMICAL i professora de la UOC

1. El marc jurídic vigent.

A) Normativa estatal

Estableix els permisos, les llicències, reduccions de jornada i excedències:

1) Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público:

- art. 48: lactància i reduccions de jornada.
- art. 49: part, adopció i paternitat.
- art. 89: excedències.

2) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres:

- art. 14.8: criteris d'actuació dels poders públics.
- art. 21: col·laboració entre administracions públiques.
- art. 51 b): criteris d'actuació de les administracions públiques.

3) Únicament per al personal laboral, Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba la Ley del Estatuto de los trabajadores.

- art. 37: permisos i reduccions de jornada.
- art. 46: excedències.
- art. 48: suspensions del contracte per part, paternitat i adopció.

En matèria de seguretat social:

1) Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social,

- art. 106: durada de l'obligació de cotitzar.
- art. 180: consideració de determinats períodes com a cotitzats.

2) Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

3) Orden de 27 de octubre de 1992 por la que se dictan instrucciones en relación con la cotización al Régimen General de la Seguridad Social de los funcionarios públicos incluidos en el campo de aplicación de dicho régimen, durante las situaciones de licencia o permisos in sueldo.

4) Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre, por la que se regula el convenio especial en el sistema de la Seguridad Social.

5) Orden TAS/76/2008, de 22 de enero, por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional, contenidas en la Ley 51/2007 de PGE para el año 2008.

En matèria de repartiment de competències:

1) Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local.

- art. 94: equivalència de la jornada en còmput anual.
- 2) Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local.
- art. 142: equivalència en matèria de permisos.

B) Normativa autonòmica

Estableix els permisos, les llicències, reduccions de jornada i excedències:

1) Decret Legislatiu 1/1997, de 31 d'octubre, pel qual s'aprova la refosa en un text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública.

- art. 95: llicències

- art. 96: permisos

2) Llei 8/2006, de 5 de juliol, de mesures de conciliació de la vida personal, familiar i laboral del personal al servei de les administracions públiques de Catalunya.

En matèria de repartiment de competències:

Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, pel qual s'aprova el text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya art: 300 principi d'equivalència.

2. Concepte: permisos, llicències, excedències i reduccions de jornada

Definim el permís com l'instrument jurídic que permet al funcionari absentar-se del lloc de feina, el qual opera de manera automàtica sempre que es donin els pressupòsits definits a la norma. No comporta l'obligació de recuperar el temps d'absència del lloc de treball, té caràcter remunerat, llevat que la llei estableixi el contrari i, en conseqüència, no afecta al règim de la Seguretat Social del funcionari. Tampoc afecta la seva situació administrativa.

La llicència també dona dret al funcionari a absentar-se del lloc de feina sempre que es donin els pressupòsits definits a la norma, si bé, normalment, la seva concessió està subjecta a les necessitats del servei. No comporta l'obligació de recuperar el temps d'absència del lloc de treball, no té caràcter remunerat, llevat que la llei estableixi el contrari i no afecta el règim de la Seguretat Social del funcionari, donat que així ho ha previst la legislació vigent. Tampoc afecta la seva situació administrativa.

Les excedències, en canvi, si alteren la situació de servei actiu del funcionari que, precisament, se situa en la situa-

ció administrativa d'excedència. El funcionari deixarà de prestar serveis durant el període que duri l'excedència i li seran d'aplicació les conseqüències previstes legalment: no tindrà dret a percebre cap retribució, podrà afectar el seu règim de Seguretat Social i únicament existirà reserva del lloc de treball ocupat pel temps i en la forma que la llei disposi.

A més d'aquests instruments, l'ordenament jurídic posa a disposició del funcionari la possibilitat de reduir la seva jornada de treball per poder fer front a determinades situacions personals i familiars. L'exercici d'aquestes reduccions comportarà, normalment, la disminució proporcional de les retribucions i que el funcionari vegi afectat el seu règim de Seguretat Social, llevat de les excepcions previstes per la llei.

Finalment l'expressió "conciliació de la vida personal i laboral" –o *politiques* de conciliació de la vida personal i laboral– comprèn, segons el meu parer, el conjunt ordenat de mesures que l'ordenament jurídic posa a disposició dels funcionaris i les administracions públiques per possibilitar que, els primers, puguin fer efectiva la compatibilitat de les seves obligacions laborals i les seves obligacions personals i, les administracions, comptin amb els mecanismes necessaris per poder gestionar els seus efectius de personal i, d'aquesta manera, fer efectiva la prestació de serveis a que estan obligades d'acord amb el que preveu l'art. 103.3 CE. En conseqüència, el conjunt de mesures que integren les polítiques de conciliació de la vida personal i laboral ha d'anar adreçat tant a facilitar la possibilitat que el personal funcionari pugui fer compatible la seva vida personal i laboral, com a permetre que l'administració pugui donar compliment a la prestació de serveis a que està obligada.

És necessari que les polítiques de conciliació delimitin:

a) les situacions que consideren susceptibles de ser protegides amb les mesures de conciliació de la vida personal i laboral (les relacionades amb la filiació, les relacionades amb la cura de persones grans o dependents; les relacionades amb la formació, etc). A ningú se li escapa que les activitats i obligacions que integren la vida personal de cadascú són infinites i molt variades i que, ni totes han de ser mereixedores de protecció per l'ordenament jurídic i que, tenint en compte que els recursos econòmics i personals de les administracions són limitats, es fa necessari que les lleis donin prioritat unes situacions respecte d'altres, sense perjudici que, de mica en mica, es vagi donant cabuda al màxim de situacions possibles.

b) el catàleg de mesures concretes que se considera adient per fer-hi front i que pot comprendre des de permisos a excedències, passant per les reduccions de jornada o qualsevol altra mesura que possibiliti la conciliació.

El problema, però, és que el legislador no ha contemplat les polítiques de conciliació com un tot ordenat que s'ocupi de regular tots i cadascun dels àmbits que es veuen afectats per aquestes mesures, sinó com la suma, sense gaire ordre i sense un tractament unitari, de permisos, llicències, excedències i reduccions que, per algun motiu, ha considerat que tenen cabuda dins del concepte de conciliació de la vida personal i laboral.

En aquest sentit es pronuncia l'informe "Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales":

"Hoy es ya un hecho que en la mayoría de las familias con hijos pequeños, ambos cónyuges están en el mercado de trabajo. **Sin embargo, las políticas de conciliación no sólo son escasas, sino ineficaces y confusas. Es necesario definir un modelo que permita abordar integralmente la cuestión, optimizando y dando un sentido a los distintos instrumentos posibles. Ello supone establecer objetivos y criterios precisos.**"³²

Com a conseqüència de tot l'anterior:

1) És freqüent que les mesures de conciliació s'ocupin, únicament, de permetre l'absència del lloc de treball per poder fer factible la conciliació de la vida laboral i personal, però no s'ocupin de regular mecanismes per tal que aquestes mesures no suposin un greu perjudici en el règim de la Seguretat Social del funcionari.

2) Fruit de no haver abordat el tema de la conciliació com un tot, cal acudir a una multitud de normes per tal de complementar totes les vessants de la mesura, essent freqüent que les lleis de seguretat social oblidin que les normes funcionaries també inclouen mesures de conciliació que són mereixedores de les conseqüències previstes en aquesta legislació –no hem d'oblidar que els funcionaris públics, llevat d'algunes excepcions, estan inclosos dins del règim general de la seguretat social- o, en sentit contrari, que les normes funcionaries oblidin regular la possibilitat d'absentar-se del lloc de feina quan es donin determinades circumstàncies, com ara durant la situació de risc durant l'embaràs o la lactància natural.

L'art. 18o LGSS es refereix a la consideració de determinats períodes com a cotitzats quan el *treballador* se situa en les situacions d'excedència o reducció de jornada previs-

32. "Conciliar las responsabilidades familiares y laborales: políticas y prácticas sociales" dels autors Fernández Cordón, J.A i Tobio Soler, C., publicat per la Fundación alternativas (<http://www.falternativas.org>) pg. 78 i següents.

tes als arts. 46.3 i 37.5 ET, sense fer cap menció a les lleis de funció pública que regulen aquestes situacions per als funcionaris inclosos dins del Règim General de la Seguretat Social.

L'art. 26 de la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales*, preveu, com a mesures per a la protecció de la maternitat i de la lactància natural, la possibilitat d'absentar-se del lloc de feina. Així l'apartat 3 preveu que *"podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el periodo necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado."* I, l'apartat 4 preveu aquesta mateixa possibilitat per als períodes de lactància natural.

3) Finalment, es fa difícil deduir què és el que el legislador pretén protegir amb les polítiques de conciliació, és a dir, quina és la seva finalitat. Així l'EBEP, sembla voler protegir les situacions relacionades amb la filiació, però deixa d'incloure entre aquestes mesures el permís per lactància o les reduccions de jornada per tenir cura d'un fill menor de 12 anys. Mentre que la inclusió del permís per matrimoni d'un familiar en la legislació catalana de mesures per a la conciliació, té, segons el meu parer, difícil cabuda com a mesura que pretén la conciliació de la vida personal o laboral i, en qualsevol cas, caldria preguntar-se si per al legislador català és preferent incloure mesures que permetin absentar-se del lloc de feina per assistir als casaments dels familiars abans que mesures que permetin, per exemple, la formació del personal funcionari.

L'EBEP ha reduït els permisos amb motiu de la conciliació de la vida personal i laboral a aquells permisos que tenen incidència en el règim de Seguretat Social dels funcionaris públics, deixant fora, qualsevol altre permís que, tot i respondre igualment a la protecció de situacions similars (lactància, malaltia d'un familiar...) no posen en marxa els sistemes substitutius de les retribucions (prestacions de la Seguretat Social). Així, inclou com a mesures de conciliació els permisos per part, paternitat i adopció i, a més, els dóna la consideració de bàsics.

3. El risc de fomentar el rebuig de les polítiques de conciliació

Una de les conseqüències que produeix el fet que les respectives assemblees legislatives no hagin abordat la regulació de les mesures de conciliació d'una manera unitària, ordenada i comprensiva de tots els àmbits que es veuen afectats per la introducció d'aquest tipus de mesures, és l'actual desprestigi o banalització que envolta aquesta matèria.

Les administracions públiques perceben aquest tipus de mesures com instruments que, en moltes ocasions, fan molt difícil la prestació de serveis d'una manera eficient i, la regulació dels quals respon, en definitiva, a criteris d'oportunitat política més que no pas a una veritable voluntat de crear un sistema eficient de conciliació de la vida personal i laboral. Tampoc ajuda a mitigar aquesta percepció l'esforç que es veuen obligades a realitzar a l'hora d'esbrinar la mesura que pugui resultar d'aplicació al cas concret, d'entre la multitud de mesures que estableixen els diferents ordenaments jurídics. Ni, finalment, l'alt cost econòmic que aquestes mesures suposen, sobre tot, per a les petites entitats locals.

El gaudiment per part dels empleats públics d'alguna de les mesures que integren les polítiques de conciliació de la vida personal i laboral, obliga les entitats locals a haver de reestructurar el servei afectat per tal de poder donar compliment a les tasques encomanades. No suposa el mateix haver de reestructurar un servei quan parlem d'entitats mitjanes o grans, on, en atenció al temps que duri la mesura de conciliació, és podrà fer front a les tasques realitzades per l'empleat públic absent sense necessitat de cobrir el lloc de treball, que haver de procedir a la referida reestructuració quan l'entitat afectada sigui petita i, menys encara, quan l'empleat públic que gaudeixi de la mesura de conciliació sigui l'únic empleat que ocupi el lloc de treball de naturalesa tècnica.

En aquest sentit, la Disposició Transitòria Segona de la Llei 8/2006 va preveure la creació d'una *Comissió mixta Generalitat - Entitats Municipalistes* per tal d'avaluar l'impacte de les mesures de conciliació previstes en la referida llei en els pressupostos municipals i acordar un procés per tal de garantir, per mitjà del *Fons de cooperació local de Catalunya*, el volum de recursos que comporta als ajuntaments l'aplicació de les mesures establertes en la llei. Comissió i fons que, tot i que la llei preveia la seva creació

en el termini d'un any des de la seva entrada en vigor -termini que va complir-se el passat 14 de juliol de 2007- encara no s'han constituït.

Els funcionaris públics, per la seva banda, perceben que el gaudiment d'aquestes mesures els pot comportar, algunes vegades, un cost professional massa alt. El seu exercici no sempre està ben vist pels caps o, fins i tot, per la resta d'empleats públics.

Amb tot, és innegable que aquest fet incideix de manera molt més intensa en les relacions laborals privades que no pas en l'àmbit de la funció pública³³.

Però juntament amb aquest cost professional que acabem d'apuntar i que respon, en gran mesura, a una qüestió que podem anomenar cultural, existeixen altres factors que, aquests sí, incideixen de manera molt més directa en la motivació dels empleats públics per emprar alguna de les mesures de conciliació previstes en la legislació vigent:

a) La manca de percepció de cap tipus de retribució o mecanisme substitutiu del salari. Fet al qual cal sumar la incidència que produeix en el règim de Seguretat Social que correspongui.

La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres*, ha pal·liat, en part, la incidència negativa que el gaudiment d'algunes mesures de conciliació tenen en el règim de Seguretat Social dels funcionaris en donar una nova redacció a l'art. 18o LGSS:

Tindrà la consideració de període de cotització efectiva a efectes de les prestacions de la Seguretat Social per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat els dos primers anys del període d'EXCEDÈNCIA PER TENIR CURA D'UN FILL (període que s'augmenta a 30 i 36 mesos quan es tracti de famílies nombroses de categoria general o especial, respectivament).

Tindrà la consideració de període de cotització efectiva a efectes de les prestacions de la Seguretat Social per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat, el primer any del període d'**excedència per tenir cura d'un familiar fins a segon grau de consanguinitat o afinitat que, per raons d'edat, accident, malaltia o discapacitat no puguin valer-se per si mateixos i o desenvolupin cap activitat retribuïda.**

Les cotitzacions realitzades durant els dos primers anys del període de **reducció de jornada per tenir cura d'un menor del qual es tingui la guarda legal** es computaran incrementades al 100% de la quantia que hagués correspost si el funcionari hagués prestat els seus serveis sense la

33. Podeu veure l'article publicat a El País el passat 25 de març on es posa de manifest com l'exercici de mesures de conciliació comporta, moltes vegades, represàlies contra les dones que les gaudeixen (<http://www.elpais.com>).

referida reducció de jornada als efectes de les prestacions de la Seguretat Social per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat.

Les cotitzacions realitzades durant el primer any del període de **reducció de jornada per tenir cura d'una persona amb una discapacitat física, psíquica o sensorial que no desenvolupi cap activitat retribuïda** i del qual es tingui la guarda legal o; per tenir cura directa d'un familiar fins al segon grau de consanguinitat o afinitat que no pugui valer-se per si mateix i no desenvolupi cap activitat retribuïda es computaran incrementades al 100% de la quantia que hagués correspost si el funcionari hagués prestat els seus serveis sense la referida reducció de jornada als efectes de les prestacions de la Seguretat Social per jubilació, incapacitat permanent, mort i supervivència, maternitat i paternitat.

Ja hem posat de manifest que l'art. 18o LGSS es refereix a les situacions d'excedència i reducció de jornada previstes en els arts. 46.3 i 37.5 ET, respectivament. Cal entendre, però, que també seran d'aplicació les mateixes regles quan les situacions d'excedència i reducció de jornada es produeixin segons el previst en les lleis de funció pública.

b) l'obligació que la conciliació de l'àmbit personal i professional passi, necessàriament, per la necessitat de sacrificar i quedar fora del marcat laboral i la promoció professional.

Les actuals polítiques de conciliació de la vida personal i laboral se centren, únicament, en l'establiment d'un catàleg, més o menys ampli, de permisos, llicències, excedències i reduccions de jornada. Això comporta, tal i com ja hem posat de manifest, fer recaure sobre l'administració pública-empresaria gran part del cost de les polítiques de conciliació. Però a més, aquestes polítiques de conciliació de la vida personal i laboral situen el funcionari en la necessitat d'haver de triar entre la seva vida personal o la seva vida professional sense que els permetin, en moltes ocasions, la compatibilització d'aquests dos àmbits de la vida que, en principi, hauria de ser l'objectiu principal de les polítiques de conciliació. En altres paraules, la conciliació de la vida personal i laboral, passa, exclusivament, per la decisió del funcionari de voler-se situar en alguna de les mesures que la llei li ofereix sense que existeixi cap altra mesura al marge de l'absència del lloc de feina.

Els instruments que el legislador posa a l'abast dels funcionaris i que permeten que aquests es puguin absentar del lloc de feina -permisos, llicències, excedències, reduc-

cions de jornada i mesures de flexibilitat horària-, haurien de ser, únicament, una de les 3 branques que integressin una veritable política de conciliació. Les altres dues haurien de consistir, en primer terme, en 1) accions de caràcter prestacional per part dels poders públics, com ara guarderies, centres d'atenció de dia, xarxes d'assistència social, etc., que donessin solució a les situacions de necessitat i, de manera secundària, en 2) accions de contingut econòmic.

En aquest sentit, l'exercici d'una mesura que permeti absentar-se del lloc de feina, com ara l'excedència per tenir cura d'un fill, hauria de consistir en una mesura més d'entre altres que integressin les polítiques de conciliació (a la qual pugessin recórrer els progenitors que així ho desitjaren), però no *l'única forma possible de poder donar solució a la necessitat de conciliar la vida personal i laboral*. En primer lloc, caldria donar l'opció als progenitors de poder fer ús de les accions de caràcter prestacional, com ara, sistemes públics de guarderies i d'atenció als infants, que permetessin el funcionari mantenir la seva vida professional de manera plena, sense necessitat de veure's obligat a absentar-se del lloc de feina, alhora que, llavors si, pogués fer compatible o conciliar aquesta vida professional amb la seva vida personal. En definitiva, les mesures de conciliació consistents en la necessitat d'absentar-se del lloc de feina no haurien de ser la branca principal de les polítiques de conciliació, sinó una opció a emprar pels funcionaris quan no fos possible donar solució a la situació de necessitat mitjançant altres mesures.

En aquest sentit, reduir les polítiques de conciliació per donar compliment a les situacions de necessitat del funcionari, únicament, a mesures que possibiliten l'absència del lloc de feina comporta, en moltes ocasions, obligar el funcionari a quedar fora de l'àmbit professional, amb totes les conseqüències negatives que això pot comportar i, amb l'afegit, que normalment són les dones qui exerceixen aquestes mesures.

És necessari, doncs, un canvi d'orientació en el tractament d'aquesta matèria que faci possible, a la seva vegada, un canvi de percepció dels agents implicats sobre la importància que s'avanci en la creació d'un veritable sistema de conciliació que permeti una millora de la qualitat de vida dels empleats públics i una major eficàcia i eficiència de les administracions públiques.

4. La negociació col·lectiva dels funcionaris públics

Abans de procedir a analitzar la possibilitat i els límits de la negociació, en l'àmbit local, de les polítiques de conciliació de la vida laboral i familiar, és precís delimitar els principis que regeixen la negociació de les condicions de treball dels funcionaris públics.

L'art. 37 EBEP conté el llistat de matèries que poden ser objecte de negociació i, seran objecte de negociació aquestes matèries i no altres.

En qualsevol cas, es fa difícil pensar en alguna altra matèria que pugui afectar les condicions de treball del personal funcionari i que no hagi estat relacionada en el referit article. En aquest sentit, podem afirmar que l'art. 37 EBEP neix amb vocació de comprendre qualsevol matèria que pugui afectar les condicions de treball dels funcionaris.

Però, com cal procedir a la negociació de les matèries de l'article 37 EBEP? D'acord amb els tres principis que l'apartat primer d'aquest article estableix expressament:

a) Les matèries de l'art. 37 seran objecte de negociació en el respectiu àmbit de l'administració pública.

b) Les matèries de l'art. 37 seran objecte de negociació, per cadascuna de les administracions públiques, sempre i quan aquestes siguin competents per raó de la matèria.

c) La negociació de les matèries enumerades a l'art. 37 es portarà a terme amb l'abast que legalment procedeixi.

a) Les matèries de l'article 37 seran objecte de negociació en el respectiu àmbit de l'administració pública.

Els acords de condicions de treball i els pactes de condicions de treball tindran eficàcia única i exclusivament respecte els funcionaris inclosos dins del seu àmbit d'aplicació que, en cap cas, podrà abastar els funcionaris d'altres administracions públiques o, fins i tot, els funcionaris d'altres àmbits de negociació que s'hagin constituït dins la mateixa administració.

En aquest sentit, l'acord que estableixi les condicions de treball del personal funcionari al servei de l'Administració de la Generalitat no podrà, en cap cas, afectar el personal funcionari al servei de les entitats locals de Catalunya, encara que aquest acord, reguli matèries respecte de les quals l'administració local no tingui competència. I, en el mateix sentit, l'acord que contingui les condicions de treball del personal funcionari al servei de l'Administració General de l'Estat, no podrà afectar, en cap cas, el personal

funcionari al servei de les respectives comunitats autònomes i entitats locals. Com tampoc podrà afectar, finalment, un acord d'una determinada entitat local, el personal funcionari d'altra entitat local.

Cal posar de manifest, però, que l'EBEP sembla haver procedit a realitzar la següent operació en matèria de distribució de competències:

- Atorgar la competència de les matèries que afecten les condicions de treball dels empleats públics a totes les administracions.

- Limitar la competència de les matèries que afecten les condicions de treball dels empleats públics a l'Administració General de l'Estat i a les respectives administracions autonòmiques únicament quan es tracti de matèries afectades per la reserva de llei.

Així doncs, si els acords ratificats tracten sobre matèries de les quals no són competents les entitats locals -la negociació de les quals haurà estat portada a terme en la Mesa General de Negociació de l'Administració General de l'Estat o la Mesa General de Negociació de les comunitats autònomes- ens trobarem davant d'una matèria sotmesa a reserva de llei i, en conseqüència, el contingut d'aquests acords mancarà d'eficàcia directa.

Aquesta regla general té, des de l'aprovació de l'EBEP, una excepció prevista, expressament, a l'art. 34: les administracions públiques podran adherir-se als acords de condicions de treball que s'hagin negociat dins del territori de cada comunitat autònoma o als acords de condicions de treball d'àmbit supramunicipal (caldrà entendre, negociats dins del territori de cada comunitat autònoma). Òbviament, el que està permetent l'EBEP, no és que les meses de negociació decideixin eixamplar el seu àmbit subjectiu –això contraviendria aquest primer principi que estem, analitzant-, sinó que **qualsevol administració pública decideixi que li sigui d'aplicació algun dels acords de condicions de treball assolits dins del territori de la seva comunitat autònoma.**

L'exercici de l'adhesió exigeix, segons el meu parer, que, prèviament, s'hagi donat compliment al requisit formal que estableix l'art. 38.6 EBEP: la publicació de l'acord en el butlletí oficial que correspongui. Aquest no és un tema menor si tenim en compte la manera de procedir de moltes meses de negociació que es limiten a publicar els acord assolits a través, únicament, de mitjans de difusió interns de la pròpia administració o, aconsegueixen amb el requisit de publicació però únicament respecte del que anomenarem *versió publicable* de l'acord. Qualsevol d'aquestes dues

maneres de procedir, restarà eficàcia a la figura jurídica que l'EBEP ha anomenat adhesió. En el primer supòsit, perquè ningú pot adherir-se a quelcom que no existeix. En el segon, perquè el contingut de l'acord no incorporarà cap millora respecte del que preveu la llei.

b) Les matèries de l'article 37 seran objecte de negociació per cadascuna de les administracions públiques sempre i quan aquestes siguin competents per raó de la matèria.

En virtut del qual, la negociació col·lectiva "solament podrà actuar vàlidament en relació amb les matèries respecte de les quals tingui atribuïda expressament un títol competencial en virtut d'una norma legal habilitant"³⁴

En conseqüència:

1) La Mesa de Negociació que se constitueixi en l'àmbit de l'Administració General de l'Estat serà competent per negociar les matèries enumerades a l'art. 37 EBEP i que integren les bases del règim de funció pública aplicable a totes les administracions públiques, d'acord amb l'art. 149.1.18 CE; les matèries sotmeses a reserva de llei que, d'acord amb el que disposa l'art. 37 EBEP, requereixin de la negociació prèvia abans de procedir a l'elaboració de la disposició amb rang legal i; qualsevol altra matèria continguda a l'art 37 EBEP.

2) L'Administració de la Generalitat de Catalunya, serà competent per negociar les matèries enumerades a l'art. 37 EBEP que integren l'estatut dels funcionaris públics al servei de les administracions públiques catalanes, d'acord amb el que disposa l'art. 136 EA; les matèries sotmeses a reserva de llei i que, d'acord amb el que disposa l'art. 37 EBEP, requereixin de la negociació prèvia abans de procedir a l'elaboració de la disposició amb rang legal i; qualsevol altra matèria continguda a l'art. 37 EBEP.

3) Finalment, les entitats locals, seran competents per negociar les matèries enumerades a l'article 37 sempre i quan les tinguin atribuïdes d'acord amb el que disposi la legislació vigent o calgui entendre-les com a pròpies sobre la base del principi d'autorganització que es deriva de l'autonomia local.³⁵

En paraules del Informe de la Comissió per a l'elaboració de l'EBEP (pg. 38)

"A partir de estas premisas, parece conveniente que la legislación aplicable a los funcionarios de las Administraciones Locales sea, salvo excepción justificada, la que regule la función pública de la respectiva Comunidad Autónoma, para mayor seguridad jurídica y por la mayor proximidad y comunicabilidad existente entre los funcio-

34. Quina funció pública volem per als nostres ajuntaments, Joan Mauri (coord.), Fundació Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, 2004, pg. 183.

35. El principi d'autonomia local s'exerceix a través de l'atribució de les competències que la llei realitza a favor de les entitats locals. D'altra banda, però, les entitats locals necessiten un marge suficient per poder exercir la seva potestat d'autoorganització. Quines siguin les matèries que cal entendre pròpies de les entitats locals per ser necessàries per exercir la potestat d'autoorganització i quines les matèries que en qualsevol cas requeriran de la prèvia atribució per part de la llei, és una tasca no sempre senzilla.

narios de ambas Administraciones. Esta legislación, sin embargo, no debe contener una regulación tan exhaustiva que imposibilite el despliegue de la autonomía de cada Entidad Local para adoptar las medidas sobre empleo público que considere apropiadas a sus necesidades.”

L'àmbit material sobre el qual són competents les meses de negociació que es constitueixin en l'administració local és, doncs, i com tantes vegades s'ha posat de relleu per la doctrina i la jurisprudència, realment estret. Però, segons la meua opinió, *encara pot veure's més reduït si tenim en compte les potestats d'autoorganització que gaudeix l'administració en matèria d'ocupació pública*. Si bé aquesta limitació afecta per igual a totes les administracions públiques, en el supòsit de les entitats locals és fa encara més palesa ja que, tenint en compte que l'estret marge competencial limita, en moltes ocasions, l'àmbit material de la negociació a purs aspectes de gestió, la *intrmissió* de la negociació en les potestats d'organització de l'administració pot produir-se amb certa freqüència.

Del llistat de matèries contingut a l'art. 37 EBEP, considerem que les entitats locals són competents per³⁶:

a) Establir l'aplicació de l'increment de les retribucions del personal al seu servei.

b) Determinar i aplicar les retribucions complementàries del personal funcionari al seu servei.

Correspon al Ple de l'Ajuntament:

- l'aprovació del pressupost i, en conseqüència, de la quantia global de les partides destinades a les retribucions bàsiques i complementàries, respectant, en qualsevol cas, els límits assenyalats per la llei de pressupostos generals de l'Estat.

- l'aprovació de la plantilla i de la RLLT i, a través d'aquesta, es determinarà l'actual nivell i, per tant, el complement de destinació i la quantia del complement específic.

- l'aprovació dels criteris sobre l'aplicació de les retribucions complementàries.

Aquestes matèries hauran de ser negociades a través d'un acord de condicions de treball.

c) Fixar 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) Fixar els criteris i mecanismes generals en matèria d'avaluació del desenvolupament.

e) Negociar els plans de provisió social.

A través dels plans de pensions, la Corporació podrà aplicar el percentatge que anualment estableixi la llei de pres-

36. Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, recomienda que, “en cada ámbito respectivo y según las competencias de cada Administración Pública, sean objeto de negociación, entre otras materias, las siguientes: Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas; Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación; La fijación de los criterios generales de acción social y aquellas materias en que así se establezca en la normativa sobre prevención de riesgos laborales; Las materias que afecten a las retribuciones y a las condiciones de trabajo de los funcionarios y cuya regulación exija norma con rango de ley; los criterios generales sobre ofertas de empleo público; y, las materias referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos y movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.”

supostos generals de l'Estat per a cobrir les contingències de jubilació, incapacitat permanent i mort i supervivència.

f) Fixar els criteris generals dels plans i fons per a la formació i la promoció interna.

g) Fixar els criteris generals d'acció social

h) Negociar el que estableixi la normativa de prevenció de riscos laborals.

i) Fixar els criteris generals sobre l'oferta d'ocupació pública.

j) Les matèries referides a calendari laboral, horaris, jornada, vacances, permisos, mobilitat funcional i geogràfica, els criteris sobre planificació estratègica dels recursos humans respecte dels aspectes que afectin les condicions de treball dels empleats públics.

Pel que respecta a aquest darrer grup i, concretament, pel que respecta a les matèries d'horari, jornada i permisos, caldria fer les següents consideracions:

1) Ha procedit l'EBEP a *deslegalitzar o desregular* aquestes matèries? O, en altres paraules, des de l'aprovació de l'EBEP, quin ha de ser l'instrument normatiu que hagi de contenir la regulació d'aquestes matèries: una llei, un reglament o, un acord de condicions de treball?

Cal determinar si, de l'anàlisi conjunta dels arts. 47, 48 i 49 EBEP d'una banda i l'art. 37.1 m) EBEP, d'altra, podem arribar a la conclusió que el règim jurídic d'aplicació al personal funcionari serà, pel que respecta a la matèria de jornada i permisos, el que fixi l'acord de condicions de treball que resulti d'aplicació. Si fos així, el tràmit de la negociació prèvia ja no constituiria el requisit d'obligat compliment per tal d'elaborar la norma posterior amb rang legal (o reglamentari, si fos el cas) que contindria la regulació d'aquestes matèries, sinó que constituiria el procediment únic per a procedir a l'establiment de les normes que hauran de ser aplicades: *negociat l'acord de condicions de treball i aprovat per l'òrgan de govern competent, aquest seria plenament eficaç*.

2) Ha procedit l'EBEP a atribuir la competència d'aquestes matèries a totes les administracions públiques? En conseqüència, hem d'entendre derogats, per oposar-se a l'EBEP, els articles 94 LBRL i 142 TRRL? O, contràriament, hem d'entendre vigents aquests articles sobre la base que el legislador estatal ha volgut, expressament i de conformitat amb el que preveu l'art. 3 EBEP³⁷, mantenir el seu doble títol competencial en matèria de funció pública local?

La resposta d'aquesta segona qüestió no pot abordar-se correctament sense tenir en compte la resposta a la primera qüestió.

37. L'art. 3 EBEP disposa que "el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las comunidades autónomas, con respeto a la autonomía local"

Si l'EBEP considera que l'instrument normatiu que ha de contenir la regulació d'aquestes matèries són els acords de condicions de treball, el contingut dels quals serà directament eficaç al personal inclòs dins del seu àmbit d'aplicació, hauríem de concloure que, al mateix temps, l'EBEP ha procedit a atribuir la competència de les esmentades matèries a totes les administracions públiques. Perquè, si no fos així, on quedaria contingut el règim jurídic per al personal funcionari al servei de les entitats locals? En cap cas podríem obligar al legislador o el Govern a regular aquests aspectes a través d'una llei o d'un reglament, perquè això suposaria alterar la seva discrecionalitat política. En altres paraules, la potestat normativa no és delegable.

En canvi, si entenem que l'EBEP no ha modificat l'obligació que l'instrument que contingui aquestes matèries continui essent una norma amb rang legal o, fins i tot, reglamentari (que poden requerir, això sí, de la necessitat d'una prèvia negociació), podríem afirmar que les entitats locals no són competents per regular aquestes matèries.

3) Finalment, la futura llei de funció pública de la Generalitat de Catalunya podrà, en atenció al que disposa l'art. 136 EA establir una regulació segons la qual es reproduïxi el vigent principi d'identitat previst a l'art. 300.1 LMRLC³⁸?

Ens qüestionem aquí si, malgrat l'EBEP hagi atribuït la competència per a l'establiment del règim de jornada i permisos a totes les administracions públiques, també la local, podrà, la futura llei de funció pública catalana, preveure un règim jurídic comú per a tot el personal funcionari de qualsevol administració pública catalana, reduint, d'aquesta manera, la competència de les entitats locals a la concreció d'alguns aspectes referits a la seva aplicació o gestió.

c) La negociació de les matèries enumerades a l'article 37 es portarà a terme amb l'abast que legalment procedeixi.

El principi de legalitat opera, en l'àmbit de la negociació de les condicions de treball del personal funcionari fixant les següents regles:

1) Serà necessari que una llei estableixi, prèviament, que la matèria que es vol negociar té la condició de negociable. Si no existeix, prèviament, aquesta habilitació legal no podrem procedir a la negociació d'aquella concreta matèria. Aquesta habilitació l'ha prevista l'article 37 EBEP.³⁹

2) Conseqüència del punt anterior, a l'àmbit de la negociació col·lectiva del personal funcionari *no regeix el principi segons el qual allò que no està prohibit per la llei està premès.*

38. "El règim estatutari dels funcionaris locals pel que fa a l'adquisició i la pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives, els drets sindicals i de participació, les vacances, les llicències i els permisos, els deures i les responsabilitats, i el règim disciplinari han d'ésser idèntics als dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat. Tot això sens perjudici de l'aplicació per l'autoritat local corresponent de l'esmentat règim o per l'Administració de l'Estat en el cas de destitució del càrrec o separació del servei d'un funcionari amb habilitació nacional."

39. Mentre en la negociació col·lectiva del personal laboral la relació que es produeix entre la norma legal i la norma convencional es fonamenta en una vinculació negativa (no es predetermina el camp ni el sentit de l'actuació convencional, de manera que el conveni col·lectiu actuarà lliurement amb l'únic límit de no contradir els preceptes de la llei), a l'àmbit de la funció pública la relació entre la llei i la norma convencional es fonamenta en una vinculació positiva derivada directament del principi de legalitat.

3) El règim jurídic que regula la relació funcional no pot identificar-se amb una *plataforma de mínims sobre la qual pugui pivotar la negociació col·lectiva de les condicions de treball del personal funcionari*, sinó que, delimitada la matèria que pot ser objecte de negociació, aquesta haurà de portar-se a terme respectant, en qualsevol cas, els límits imposats per la llei.

En algunes ocasions, la legislació obrirà la possibilitat de que la negociació de les condicions de treball pugui innovar respecte d'allò previst a la llei i, en d'altres, la llei únicament permetrà que la negociació concreti alguns dels aspectes previstos legalment, sense gaire marge per a la innovació.

Cal tenir present, com tantes vegades ha posat de manifest la jurisprudència, que les característiques de pormenorització, rigidesa i uniformitat inherents al règim estatutari emanat de la legislació bàsica de l'Estat i, en el seu cas, dels òrgans legislatius de les comunitats autònomes, no permeten que per analogia amb el sistema de relacions laborals, aquest bloc legislatiu sigui identificat com una plataforma de mínims⁴⁰. En aquest sentit, podem afirmar –emprant la terminologia laboral– que les normes estatutàries són de caràcter absolutament imperatiu. Únicament quan existeixi una prèvia habilitació legal, podrà exercir-se, respecte les matèries contingudes en la norma, la negociació col·lectiva de les condicions de treball del personal funcionari, en els termes, això sí, que l'habilitació legal estableixi, convertint-se la norma en dispositiva, és a dir, susceptible que es negociï.

L'abast de la dispositivitat o imperativitat, de la norma dependrà, doncs, de l'habilitació legal prèvia, si bé, i tal i com acabem de posar de manifest, les normes jurídiques que regulen el règim estatutari són, per regla general, absolutament imperatives. Ara bé, l'aprovació de l'EBEP ha comportat, segons el meu parer, l'augment de les normes de naturalesa relativament imperativa o de mínims de dret necessari, introduint una certa desregulació de la relació d'ocupació del personal funcionari, si més no, pel que respecta a determinades matèries.

4) Relacionat amb el punt anterior, el TC ha tingut ocasió de manifestar-se sobre les relacions que, a l'àmbit de la funció pública, es produeix entre el contingut de la reserva de llei i la possibilitat que els acords i pactes *entren* sobre aquest contingut. El TC admet la possibilitat que, a més dels reglaments, els acords de condicions de treball complementin el previst a la llei.

Quan ens trobem davant d'una matèria que clarament

40. Per totes STS de 22 d'octubre de 1993.

forma part del concepte constitucional d'estatut dels funcionaris públics, i per tant, reservada a la llei aquesta reserva, ens ha dit el TC (STSC 1/2003, de 16 de gener) té una abast relatiu "pues no impide la colaboración de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos), aunque ésta por definición deba ser limitada, en la ordenación de la materia. En este sentido dijimos en la STC 99/1987, de 11 de junio, que, en virtud de la reserva constitucional de ley, deberá ser "reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma [con rango] de Ley en la labor que la Constitución le encomienda" (FJ 3.c). Ello no significa, por supuesto, que "las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa". O, expresado en otros términos, y tal y como este Tribunal tiene declarado en relación con otros ámbitos materiales reservados por la Constitución a la regulación por Ley, no es imposible en esta materia una intervención auxiliar o complementaria del reglamento (o, en su caso, como ya hemos reseñado de otras fuentes del Derecho), siempre que, como ya se señalara en la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 4), "esas remisiones sean tales que restrinjan efectivamente, el ejercicio de esa potestad [reglamentaria] a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir" (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3.a, y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5)".

5) I, en fi, no hem de confondre el principi de legalitat amb el principi de competència. El fet que una determinada matèria estigui afectada per la reserva de llei, no comporta, necessàriament, que l'administració local no pugui

exercir la seva potestat reglamentària o, la negociació d'acords de condicions de treball, sempre i quan el legislador competent així ho hagi previst. En altres paraules, el principi de reserva de llei, no impedeix la col·laboració de les normes reglamentàries, però aquesta possibilitat únicament podrà ser exercida per les entitats locals quan el legislador competent així ho hagi previst.

5. Les polítiques de conciliació de la vida personal i laboral. Possibilitats i límits de la seva negociació en l'àmbit de la funció pública

Reflexionem, doncs, al voltant d'una qüestió ja plantejada per algun autor: ⁴¹

Hasta qué punto se puede realizar el desarrollo del EBEP por los gobiernos locales: ¿han de esperar a que el legislador de desarrollo actúe?

La resposta d'aquesta qüestió fa necessari saber, prèviament, quina normativa està realment vigent després de l'entrada en vigor de l'EBEP i, en conseqüència, determinar si, únicament, hem de considerar derogada la normativa que expressament es menciona a la Disposició derogatòria única de l'EBEP o també hem de considerar implícitament derogat qualsevol altre precepte que contradigui el que preveu l'EBEP.

5.1. El marc jurídic anterior a l'entrada en vigor de l'EBEP.

Pel que respecta al repartiment de competències.

En matèria de jornada:

El TC, en la sentència 54/1982, de 26 de juny, ja va declarar que no pot considerar-se bàsica la matèria de la jornada.

Pel que respecta al personal al servei de les entitats locals:

Art. 94 LBRL

La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en computo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado

En matèria de permisos:

La matèria de drets i deures dels funcionaris públics integra el contingut de l'expressió bases del règim estatutari dels funcionaris públics i, en conseqüència, la seva regulació està sotmesa a reserva de llei. Llei que no necessària-

41. Jimenez Asensio, R., Marco competencial de la Generalidad en materia de empleo público y estructura y ordenación del empleo público desde la perspectiva local. Ponencia presentada en les Jornades sobre l'EBEP organitzades per l'FMC i celebrades el 14 de febrer de 2008 a Barcelona.

ment haurà de ser estatal, ja que aquesta matèria no és bàsica: ja des de la *Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública*, ha quedat clar que aquesta és una matèria no bàsica la competència de la qual l'ostenten els corresponents parlaments autonòmics.

Pel que respecta als funcionaris al servei de les entitats locals.

Art. 142 TRRL

Los funcionarios de la Administración Local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado.

Art. 300.1LMRLC

El règim estatutari dels funcionaris locals pel que fa a l'adquisició i la pèrdua de la condició de funcionari, les situacions administratives, els drets sindicals i de participació, les vacances, les llicències i els permisos, els deures i les responsabilitats, i el règim disciplinari han d'ésser idèntics als dels funcionaris de l'Administració de la Generalitat. Tot això sens perjudici de l'aplicació per l'autoritat local corresponent de l'esmentat règim o per l'Administració de l'Estat en el cas de destitució del càrrec o separació del servei d'un funcionari amb habilitació nacional.

Pel que respecta a la reserva de llei.

En matèria de jornada:

Aquesta matèria no ha estat mai sotmesa a la reserva de llei. En aquest sentit, tant l'Estat com les respectives comunitats autònomes estableixen la seva jornada mitjançant disposicions de caràcter general.

Resolución de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado

Decret 295/2006, de 18 de juliol, sobre jornada i horaris de treball del personal funcionari al servei de l'Administració de la Generalitat.

En matèria de permisos:

Tot i que aquesta matèria està sotmesa a la reserva de llei, aquesta reserva no és absoluta. En paraules del TS "no (se) impone en la materia un principio de reserva de ley formal, permitiendo que los reglamentos de la Administración Autonómica puedan disciplinar estas materias, que serán de preceptiva aplicación para los funcionarios de las Entidades Locales, sin ser susceptibles de ser mejoradas o modificadas como consecuencia de la negociación colecti-

va” (STS de 30 d’octubre de 1995, recurs 3774/1993)

5.2. Ha canviat aquest marc jurídic?

Precisament, tots els preceptes als quals ens acabem de referir no han estat derogats expressament pel legislador –o seria més acurat dir que han estat expressament mantinguts en vigor pel legislador?-. I no sols això, l’art. 3 EBEP, al qual ja hem fet referència, estableix que el personal de les entitats locals es regeix, a més de per la legislació de les CCAA, per la legislació estatal que resulti d’aplicació, de la qual forma part l’EBEP. En conseqüència, per al legislador estatal, el règim jurídic del personal al servei de les entitats locals està contingut en l’EBEP, però també en *altra legislació estatal* dins la qual, caldria entendre inclosa la LBRL i el TRRL.

No obstant l’anterior, l’aprovació de l’EBEP ha comportat una nova regulació, amb caràcter de bàsica, de les matèries de jornada i permisos.

5.2.1. Jornada

L’art. 47 EBEP atribueix la competència per fixar la jornada general i especial a les administracions públiques. Així doncs, per al legislador bàsic estatal, quan exerceix la seva competència en matèria de funció pública, totes les administracions públiques són competents en matèria de jornada.

En segon lloc, l’art. 37.1 m) EBEP estableix que serà objecte de negociació en el seu àmbit respectiu amb relació amb les competències de cada administració pública i amb l’abast que legalment procedeixi la matèria referida a la jornada.

La lectura conjunta de tots dos preceptes, així com del significat del principi de legalitat al qual hem fet referència abans, ens hauria de portar a afirmar que per al legislador bàsic estatal la matèria de la jornada:

és una matèria de la qual són competents totes les administracions públiques

és una matèria que ha procedit a desregular, dotant-la de naturalesa dispositiva –absolutament dispositiva, gosaríem dir-.

Ara bé, aquest mateix legislador bàsic estatal, quan exerceix la seva competència en matèria del règim jurídic de les administracions públiques ens diu que, les administracions locals tindran, en còmput anual, la mateixa jornada que els funcionaris al servei de l’Administració General de l’Estat.

Pot un mateix legislador establir dues conseqüències

jurídiques diferents per a un mateix supòsit de fet en atenció al subjecte al qual se li aplica la norma –és a dir el personal funcionari al servei de les entitats locals–?

Al marge del que acabem d'exposar, caldria plantejar-se, però, la possibilitat que la futura llei de funció pública catalana, en l'exercici de les competències que li atribueix l'art. 136 EA preveïes un règim jurídic de la jornada comú per a totes les administracions públiques catalanes. Règim comú que, en qualsevol cas, hauria de preveure⁴²:

- La jornada de treball mínima en còmput anual, permetent les entitats locals establir la seva jornada que, en qualsevol cas, hauria de respectar aquest mínim.

- La definició de què ha d'entendre's per jornada a temps parcial i les regles que, en qualsevol cas, caldrà aplicar als funcionaris que realitzin aquest tipus de jornada.

- L'horari, és a dir, la distribució de la jornada en còmput anual, hauria de ser una competència de cada entitat local.

5.2.2. Permisos i polítiques de conciliació de la vida personal i laboral

Ni l'art. 48 ni l'art 49 EBEP constitueixen, precisament, exemples del que deuria ser una redacció clara i precisa d'una norma legal. En qualsevol cas, la lectura de tots dos preceptes ens ha de portar a concloure que ens trobem davant d'una matèria que no té la consideració de bàsica, però que si està sotmesa a la reserva de llei. En conseqüència seran les respectives assemblees legislatives les competents per establir el règim de permisos i de mesures de conciliació de la vida laboral i personal dels funcionaris compresos dins del seu àmbit personal:

- La legislació autonòmica serà la competent per determinar els permisos a que tindran dret els funcionaris compresos dins del seu àmbit personal. Aquesta legislació podrà disposar lliurement del que preveu l'art. 48 EBEP: millorant el que en ell es regula; alterant el seu contingut o, fins i tot, no regulant algun dels permisos que preveu.

- La legislació autonòmica serà la competent per determinar les mesures de conciliació de la vida personal i laboral. Aquesta legislació haurà de respectar el contingut mínim previst a l'art. 49 EBEP.

Quan l'art. 48 EBEP diu que *las administraciones públicas determinaran los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos* entenem que està obrint la possibilitat per tal que les entitats locals puguin concretar determinats aspectes de la regulació legalment prevista però, en cap cas, està possibilitant que sigui cada entitat local, a tra-

42. Ens remetem a l'exposició que sobre aquest tema ha realitzat BOLTAINA BOSCH, X. "La jornada y las vacaciones", en El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas, CEMICAL, Barcelona, 2008: http://www.diba.es/cemical/fitxers/documents/EBEP_PropuestasDesarrolloLegislativo.pdf

vés dels seus acords de condicions de treball, la que estableixi el conjunt de permisos i el règim jurídic aplicable als seus funcionaris.

En aquest sentit, la futura llei de funció pública catalana, podria preveure un règim jurídic de permisos i mesures de conciliació de la vida personal i laboral que permetés les entitats locals decidir sobre alguns dels seus aspectes. Per exemple, és necessari que la legislació catalana decideixi la manera com caldrà recuperar el permís de flexibilitat horària per acompanyar ascendents i descendents a les proves mèdiques? O, no podria una entitat local decidir que el seu personal funcionari gaudirà de, com a màxim 5 dies de lliure disposició l'any si acompanya aquesta mesura d'una major flexibilitat horària?

2

Las políticas sociales en la negociación colectiva de los funcionarios públicos: marco de actuación tras el EBEP

Carolina Gala Durán

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Autònoma de Barcelona

1. El contenido de la negociación colectiva desarrollada en las Administraciones Locales catalanas tras el EBEP: ¿existen novedades?

Como primer paso cabe plantearse cuál es la realidad presente en aquellos convenios colectivos y acuerdos de funcionarios firmados tras la entrada en vigor del EBEP y publicados en el DOGC durante los meses de enero a agosto de 2008.

A estos efectos y tanto respecto del personal laboral como de los funcionarios públicos cabe destacar que, tanto las mejoras voluntarias como las medidas de acción social, siguen constituyendo, tras el EBEP, un contenido habitual de los correspondientes convenios y acuerdos.

Prueba de ello es que la totalidad de los convenios y acuerdos analizados las establecen y su tipología y contenido siguen siendo, como veremos a continuación, los que tradicionalmente se venían recogiendo. Además, normalmente los convenios y acuerdos regulan ambas cuestiones de una forma extensa, incorporando, incluso, un capítulo específico dedicado a las mismas, titulado, por ejemplo, “prestaciones sociales”⁴³, “condiciones especiales”⁴⁴, “condiciones y mejoras sociales”⁴⁵, “mejoras sociales”⁴⁶, “asistencia y mejoras sociales”⁴⁷ o “condiciones sociales”⁴⁸.

Por tanto, entrando, siquiera sea brevemente, en el contenido de las mejoras voluntarias recogidas en los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios citados, cabe destacar que los mismos siguen incorporando mejoras voluntarias de diversos tipos, como las siguientes:

1º) Complementos en los casos de IT, ya deriven de enfermedad o accidente⁴⁹. En algunos convenios colectivos sólo se contempla la IT derivada de accidente de trabajo⁵⁰, sólo se hace referencia expresa a la enfermedad⁵¹ o a la enfermedad común y al accidente no laboral⁵², o en fin, sólo se cita la enfermedad y el accidente laboral y no laboral⁵³.

En cuanto a su importe, se prevé que el empleado percibirá el 100% de la mensualidad real⁵⁴, aun cuando en algún acuerdo de funcionarios se especifica que se percibirá el 100% del salario base, trienios y de los complementos específico y de destino⁵⁵ o el 100% de la base reguladora de cotización⁵⁶. Cabe tener en cuenta, no obstante, que en algún convenio colectivo se prevé una cuantía diferente en función del riesgo que cause la prestación de IT, así: se percibirá el 100% de la retribución si se trata de un accidente laboral, una enfermedad profesional o una enfermedad con

43. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008).

44. CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008), Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2001 (DOGC 12-6-2008).

45. CC per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló (DOGC 17-3-2008).

46. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurni d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

47. Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008).

48. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008).

49. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC de treball de l'Ajuntament

de Sant Sadurn d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurn d'Anoia (DOGC 3-3-2008), CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

50. CC per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló (DOGC 17-3-2008).

51. Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008).

52. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Mar (DOGC 30-6-2008).

53. CC del personal laboral de

l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008).

54. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurn d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurn d'Anoia (DOGC 3-3-2008), CC per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló (DOGC 17-3-2008), Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

55. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

56. CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008).

57. CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008).

58. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló (DOGC 17-3-2008), CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008), Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

59. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008).

60. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008).

61. CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008).

62. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), CC per al personal laboral de l'Ajuntament de Sant Pere de Torelló (DOGC 17-3-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

63. Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008).

64. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal

funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

65. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008).

ingreso o tratamiento hospitalario, y el 85% en caso de accidente no laboral y enfermedad común⁵⁷.

Respecto a su duración, mientras que algunos convenios colectivos establecen que el complemento se percibirá durante toda la duración de la prestación de IT⁵⁸, otros lo limitan a los primeros 90 días, estando condicionada su continuidad a un informe de la comisión paritaria del convenio⁵⁹.

También cabe citar convenios que limitan la duración del complemento por IT derivado de enfermedad o accidente no laboral a 3 meses continuos o discontinuos, previéndose que el Ayuntamiento prolongará el pago en casos concretos (enfermedades graves, intervenciones quirúrgicas y enfermedades que requieran una convalecencia larga) siempre que el empleado aporte la documentación médica justificativa emitida por un médico del sistema nacional de salud, con el informe previo favorable del facultativo del Ayuntamiento y del Comité de Seguridad y Salud⁶⁰.

2º) Siguen siendo muy escasos los convenios colectivos o acuerdos de funcionarios que prevén complementos económicos para los supuestos de las prestaciones de maternidad o riesgo durante el embarazo, previéndose la percepción del 100% de la retribución íntegra mensual⁶¹.

3º) Se recogen indemnizaciones en el supuesto de jubilaciones voluntarias anticipadas cuya cuantía depende normalmente de la edad del solicitante (puede consistir en un determinado número de mensualidades de retribución <entre 2 y 20> o en una cantidad cierta a tanto alzado)⁶², aun cuando en algún acuerdo de funcionarios se prevé que la compensación económica se establecerá de forma consensuada entre las partes⁶³.

En algún caso se exige una antigüedad mínima en el Ayuntamiento (5, 12, 15 años)⁶⁴.

Algunos convenios colectivos también recogen el derecho a una indemnización cuando el empleado se jubila a los 65 años, consistente en una gratificación de 106 euros por año trabajado⁶⁵, en una mensualidad íntegra de retribuciones o en una cantidad fija de 1.500 euros⁶⁶. En algún supuesto se exige una antigüedad mínima de 5 años de prestación de servicios en el Ayuntamiento⁶⁷.

4º) También se establece con frecuencia que el Ayuntamiento contratará una póliza de seguros que garantice una indemnización en caso de muerte o incapacidad permanente del empleado público.

En algunos casos sólo se protege el accidente laboral⁶⁸ o el accidente⁶⁹, mientras que en otros se incluyen también

66. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

67. Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

68. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008), Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

69. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Ànoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Ànoia (DOGC 3-3-2008).

los riesgos comunes⁷⁰. Respecto a la cuantía de la indemnización suele ser bastante elevada (12.000, 23.000, 60.000, 120.000, 200.000 euros)⁷¹, protegiéndose más, en algunos casos, los supuestos de accidente y de accidente de circulación⁷².

Algunos convenios colectivos no protegen todos los grados de incapacidad permanente, sino sólo aquellos más graves –incapacidad permanente absoluta- o aquellos causados por un accidente de circulación⁷³.

5º) Algún convenio prevé una indemnización a tanto alzado para los supuestos de incapacidad permanente absoluta del empleado así como cuando dicho empleado ha fallecido antes de su jubilación, identificando como beneficiarios, en este último supuesto, al cónyuge o persona legalmente beneficiaria⁷⁴. En algún caso se establece una indemnización de una mensualidad íntegra de retribuciones en caso de declaración de incapacidad permanente o de fallecimiento del empleado⁷⁵.

6º) También se recogen indemnizaciones, a favor de sus herederos, en caso de muerte natural del empleado, con una cuantía de 4.000 euros⁷⁶ o para los supuestos de defunción del personal, de su cónyuge, pareja de hechos, hijos o incluso padres con un importe de 250 euros⁷⁷.

También se recogen ayudas económicas -100, 176, 200 euros mensuales o bien una cantidad variable en función del grado de discapacidad- para el caso de los empleados que tengan a su cargo, conviviendo en el mismo domicilio, familiares discapacitados que no tengan ingresos propios superiores a la ayuda y un determinado grado de minusvalía (igual o superior al 33% si se trata de parentesco de primer grado) legalmente determinada⁷⁸.

También se recogen ayudas adicionales (máximo 350 euros) para hacer frente a gastos no subvencionados de docencia, rehabilitación, tratamiento y/o transporte⁷⁹.

En fin, algún convenio colectivo recoge ayudas económicas para aquellos empleados que puedan acreditar una discapacidad superior al 35% no retribuida por otra Administración. La cuantía es de 340 euros netos si el grado de discapacidad es superior al 35% y de 150 euros mensuales si el grado es igual o superior al 75%⁸⁰.

7º) Se incorporan, en algunos casos, ayudas para gastos sanitarios debidamente justificados del empleado o de sus familiares (cónyuge e hijos menores de 18 años), tales como gafas, lentes de contacto, audífonos. Ayudas, por ejemplo, de 90, 200 o 300 euros/año⁸¹. En algún convenio esta ayuda se limita a los supuestos en que el uso de las gafas y lentes

70. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008).

71. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

72. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008).

73. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008). Sólo recogen la incapacidad permanente absoluta. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

74. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008).

75. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

76. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008).

77. Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

78. CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008). Tambien prevén este tipo de ayudas, con matices en cuanto a su alcance o requisitos: CC personal laboral de l'Ajuntament de la Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

79. CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

80. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008).

81. Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008). Tambien, con matices, CC de condicions econòmiques i laborals del personal laboral de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 9-4-2008), Pacte regulador de condicions econòmiques i laborals del personal funcionari de l'Ajuntament de Ribes de Freser (DOGC 22-4-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

82. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

83. CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008).

84. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008).

85. CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008). Tambien tratan este tema: CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

86. CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

87. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008). Tambien: CC personal laboral de l'Ajuntament de la Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), CC de treball de

l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC de 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

de contacto sea necesario para el normal desarrollo del trabajo⁸².

En algún convenio se manifiesta que el Ayuntamiento asumirá el 100% de los gastos sanitarios (dentista, correctores visuales y auditivos) si están relacionados directamente con el trabajo y el 50% en caso contrario⁸³.

También se prevé el anticipo de hasta el 50% del coste de adquisición de aparatos ortopédicos y protéticos que necesite el empleado, su cónyuge o sus hijos, siempre que su coste esté cubierto por la Seguridad Social y supere el 35% del salario mensual del trabajador beneficiario⁸⁴.

8º) Y, finalmente, en este rápido repaso en torno al contenido de las mejoras voluntarias previstas en la reciente negociación colectiva desarrollada en las Administraciones Locales catalanas, cabe destacar que también se recogen en la misma, aunque de forma tímida, planes de pensiones, financiados con aportaciones a cargo del Ayuntamiento y del propio empleado⁸⁵.

Por otra parte, también son numerosas y variadas las medidas de acción social recogidas en los convenios colectivos y acuerdos de funcionarios posteriores a la entrada en vigor del EBEP. De este modo, podemos destacar lo siguiente:

a) Se prevé que el Ayuntamiento correspondiente contratará una póliza de seguros que cubra la responsabilidad civil de todo su personal por actos hechos como consecuencia de su trabajo⁸⁶.

b) Se establece que los empleados tendrán derecho a anticipos reintegrables sobre sus retribuciones, con el objetivo de poder atender a necesidades personales, previéndose, en algunos casos, una limitación cuantitativa así como la exigencia de cumplir ciertos trámites formales⁸⁷.

Asimismo, algunos acuerdos de funcionarios recogen préstamos a favor de sus empleados para la compra de vivienda, hipotecas, mobiliario, enfermedades graves, operaciones, etc.⁸⁸.

c) Siguen estando presentes los “premios por antigüedad”, vinculados al cumplimiento de un determinado número de años de servicio en el Ayuntamiento (entre 10 y 45 años, 25 años, o 25 y 35 años, por ejemplo) y cuyo importe no es muy elevado (por ejemplo, entre un 5% de una mensualidad a los 10 años de antigüedad y una mensualidad entera a los 45 años de servicio, una mensualidad fija de retribuciones o 1.000 euros)⁸⁹, aunque pueden ir, en su caso, acompañados de días adicionales de vacaciones o de permiso retribuido⁹⁰.

88. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008).

89. CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008).

90. CC personal laboral de l'Ajuntament de la Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008).

d) Con el objetivo de contribuir a mejorar el estado físico de los empleados públicos, también se prevé el uso gratuito de las instalaciones deportivas municipales por parte de los empleados públicos, previa acreditación de la actividad correspondiente ante los departamentos de deportes y recursos humanos⁹¹.

e) En algún caso se prevé el pago, en la nómina de septiembre, de una ayuda a la conciliación de la vida personal y familiar, con un importe de entre 400 y 1.300 euros vinculado con los ingresos percibidos por el empleado durante el año anterior⁹².

Algunos acuerdos de funcionarios incorporan ayudas por matrimonio, inicio de convivencia de hecho o nacimiento de hijos, con un importe de 175, 250 o 251,26 o 300 euros, requiriéndose la correspondiente justificación⁹³.

f) También es habitual recoger ayudas económicas por estudios realizados (incluido el reciclaje profesional) por el propio empleado o por sus hijos (guardería, ESO, bachillerato, estudios superiores...), con una cuantía variable de entre, por ejemplo, 250 y 450 euros⁹⁴. Se afirma que estas ayudas son incompatibles con cualquier tipo de beca o subvención para los mismos estudios.

g) También se establece que el importe de la renovación del carné de conducir irá a cargo del Ayuntamiento en el caso de los empleados que lo utilicen para el desarrollo de sus tareas⁹⁵.

En algún convenio se recoge una póliza de seguros de vehículos particulares para aquellos empleados que, con motivo del desarrollo de sus tareas, utilicen en su desplazamiento su vehículo particular⁹⁶.

h) Algunos convenios colectivos prevén la existencia de un Fondo social destinado a facilitar ayudas especiales, de carácter social, a los empleados así como a su cónyuge e hijos; Fondo gestionado por la comisión paritaria del convenio⁹⁷.

Finalmente, cabe destacar que, en algún caso, para acceder a algunas de estas ayudas se exige una determinada antigüedad -6 meses- en el Ayuntamiento⁹⁸.

En definitiva, tal y como señalábamos páginas atrás, tanto las mejoras voluntarias como las medidas de acción social siguen estando plenamente presentes en la negociación colectiva de las Administraciones Locales catalanas, sin que la entrada en vigor del EBEP haya supuesto cambio alguno.

91. CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008). Tambien: CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurni d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurni d'Anoia (DOGC 3-3-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008).

92. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008).

93. Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008), CC personal laboral de l'Ajuntament de Torre de Claramunt (DOGC 8-2-2008).

94. Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008). Tambien: CC del personal laboral de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 6-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Tortosa (DOGC 9-6-2008),

Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008).

95. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008), Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Santa Coloma de Gramenet (DOGC 6-6-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Premià de Dalt (DOGC 30-6-2008), CC de treball del personal laboral de l'Ajuntament de Premià de Mar per als anys 2008-2011 (DOGC 1-7-2008).

96. CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

97. CC de treball de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 4-3-2008), Acord regulador de les condicions de treball dels funcionaris de l'Ajuntament de Sant Sadurní d'Anoia (DOGC 3-3-2008). Tambien prevé un Fondo social: CC del personal laboral de l'Ajuntament dels Prats de Rei (DOGC 20-5-2008), Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari i laboral del Consell Comarcal de la Ribera d'Ebre (DOGC 30-6-2008), CC del personal laboral del Consell Comarcal del Baix Penedès (DOGC 15-7-2008).

98. Acord regulador de condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Calonge (DOGC de 21-5-2008), CC del personal laboral de l'Ajuntament de Calonge per als anys 2007-2010 (DOGC 12-6-2008).

2. La posición de los Tribunales

A. La situación previa a la aprobación del EBEP.

Tal y como es conocido, la posible negociación colectiva de mejoras voluntarias en el marco de las Administraciones Públicas (en muchos casos Administraciones Locales) fue cuestionada en varias ocasiones, ante los Tribunales, a lo largo de los últimos años; quienes, con una fundamentación no siempre clara y, sobre todo, no del todo suficiente para tratarse de una materia tan trascendente, establecieron una serie de criterios.

No obstante, cabe tener presente que, tal y como se constata perfectamente teniendo en cuenta el contenido de la negociación colectiva, esos criterios judiciales fueron (y han sido) totalmente ignorados por parte de los sujetos negociadores de los acuerdos de funcionarios públicos y convenios colectivos del personal laboral de las entidades locales catalanas.

Y, ello, a pesar de que, como veremos, se trata de criterios que fueron mantenidos de forma casi uniforme por parte de los Tribunales.

1. ¿Era posible negociar colectivamente contratos de seguro en el caso de los empleados públicos antes de la aprobación del EBEP?

En primer lugar, los Tribunales entraron a valorar la cuestión de si, con la regulación anterior al EBEP, era posible o no que, en el marco de las Administraciones Públicas, se negociasen colectivamente contratos de seguro; fórmula empleada de manera frecuente en la práctica negocial de las Administraciones Locales catalanas.

En esta cuestión, los Tribunales señalaron –sentencias del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 11 de octubre de 2001⁹⁹ y de 6 de junio de 2003¹⁰⁰–, que la concertación y el pago por un Ayuntamiento de una póliza de seguros en beneficio de sus empleados estaba incrementando sus retribuciones, ya que el beneficio de dicho seguro no era sino una retribución en especie.

En consecuencia, de haberse ya consumido las posibilidades de incremento de las retribuciones permitidas por las Leyes de Presupuestos, esta cláusula convencional resultaba inaplicable. Solución que debía referir tanto para el personal laboral como para el personal funcionario público.

Con la misma solución, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria 8 de abril de 2002¹⁰¹ se limitaba a recordar que la contratación de dicha póliza

99. RJCA 1511.

100. RJCA 809.

101. RJCA 773.

suponía el abono de retribuciones no previstas para los funcionarios públicos.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Galicia de 16 de marzo de 2005¹⁰², llegaba a la misma conclusión negativa sobre la base de tres argumentos, un poco confusos en su formulación:

1º) La normativa prohibía que las corporaciones locales hiciesen aportaciones para fines de previsión de sus funcionarios, salvo que se tratase de ingresos de Derecho Privado. Así se afirmaba que: “.. dicha póliza constituida por las Corporaciones Locales sólo puede financiarse con ingresos procedentes de los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración Local. En efecto, han de financiarse por las contribuciones de sus beneficiarios y si tienen lugar aportaciones municipales ha de ser con cargo a ingresos de Derecho Privado... pues en otro caso se estaría creando un concepto retributivo nuevo, con vulneración de lo dispuesto en el básico artículo 23 de la Ley 30/1984..”.

2º) Se estaría creando un concepto retributivo nuevo, vulnerando lo dispuesto en el básico artículo 23 de la Ley 30/1984; y,

3º) en concordancia con lo anterior, se vulneraba la prohibición de las corporaciones locales de conceder subvenciones, gratificaciones, aportaciones o ayudas de cualquier género al margen de las propias del régimen de la Seguridad Social¹⁰³. Así se señalaba que: “.. Y cualquier sistema de previsión no puede implicar la creación de una retribución básica diferente y contraria a la legislación estatal. Lo anterior aparte de suponer el abono de unas gratificaciones no reconocidas como retribuciones en la Ley 30/84, implica una vulneración de la prohibición de las Corporaciones Locales de conceder subvenciones, gratificaciones, aportaciones o ayudas de cualquier género al margen de las propias del régimen de la Seguridad Social, así arts. 153 y 154 del Texto Refundido 781/1986..”.

Y, en fin, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005¹⁰⁴, se alcanzaba la misma solución que en las sentencias anteriores pero sobre la base de nuevos argumentos.

En efecto, se señalaba que al quedar incorporados en el Régimen General de la Seguridad Social los funcionarios de las corporaciones locales, no podía pretenderse seguir manteniendo una cobertura paralela, que era en parte lo que se venía a hacer con la contratación de un seguro, al tratarse de una cobertura de tipo social y, por tanto, complementaria del régimen de Seguridad Social. Por tanto, si

102. RJCA 485.

103. Artículos 153 y 154 del Texto Refundido 781/1986.

104. RJCA 2005/222.

era una prestación complementaria, quedaba al margen del poder dispositivo de los Ayuntamientos, al estar regulado el régimen de la Seguridad Social por normativa de rango legal y procedencia estatal o autonómica y ser el contenido de los derechos funcionariales de tipo estatutario y no mejorable por simple convenio o acuerdo.

Además, a esa conclusión no se oponía el que el artículo 32 de la LORAP incluyese las materias de Seguridad Social entre las propias de la negociación colectiva, ya que la norma se refería a la negociación en todas las Administraciones Públicas, siendo imaginable la negociación en el ámbito, por ejemplo, de la del Estado, que diese como resultado un compromiso del Gobierno para promover un cambio legal en la materia. Pero ello no autorizaba a las Administraciones locales a introducir directamente los cambios a través de acuerdos con sus empleados¹⁰⁵.

En definitiva, con diversos argumentos –parcialmente contradictorios entre sí- los Tribunales, con anterioridad a la aprobación del EBEP, negaban la posibilidad de negociar colectivamente –tanto para el personal laboral como para los funcionarios públicos- contratos de seguro. Como hemos visto, en la práctica negocial reciente se siguen recogiendo dichos contratos.

Cabe tener presente, finalmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Madrid de 22 de marzo de 2006¹⁰⁶, donde se declaró la responsabilidad directa de una Administración por no suscribir la correspondiente póliza de seguros de accidentes.

2. ¿Eran válidas las cláusulas convencionales que recogían mejoras para los casos de las personas con discapacidad?.

En segundo lugar, también se planteó judicialmente la cuestión de la validez o no de una cláusula convencional en la que se preveía el pago de una ayuda económica para los casos en que el personal laboral o el funcionario público tuviese a su cargo un familiar discapacitado; ayuda que, como vimos, sigue siendo bastante común en la práctica negocial de las Administraciones Locales.

En este ámbito, con escasa argumentación jurídica, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 11 de octubre de 2001¹⁰⁷ y 8 de abril de 2002¹⁰⁸, declararon, sobre la base de la regulación anterior al EBEP, que este tipo de cláusulas era válido, ya que no remuneraban el trabajo prestado por los funcionarios –no eran remuneración encubierta-, sino que constituían una ayuda incluida dentro de la política social del Ayuntamiento; aun

105. STSJ (sala CA) de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005 (RJCA 2005/222).

106. Jur 2006/200671.

107. RJCA 1511.

108. RJCA 773.

cuando no definían qué cabía entender por tal.

En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 27 de febrero de 2002¹⁰⁹ concluía que las condiciones exigidas para la concesión de este tipo de ayudas (básicamente un grado de minusvalía, vínculo familiar, dependencia económica..) excluían su carácter retributivo y confirmaban que se trataba de ayudas sociales, no constituyendo tampoco las mismas prestaciones ni del régimen de Derechos Pasivos ni del Régimen General de la Seguridad Social.

Y, en fin, también se señalaba en las sentencias citadas que, respecto de los límites presupuestarios, no teniendo las ayudas por hijos minusválidos la condición de retribuciones íntegras, faltaba el supuesto de hecho contemplado por la norma y en consecuencia tales límites no eran de aplicación.

3. ¿Eran válidas las cláusulas convencionales que establecían un premio por permanencia o antigüedad en la correspondiente Administración Pública?

Por otra parte, también fue objeto de debate judicial la determinación de si resultaba válida o no la regulación convencional, frecuente en la práctica negocial reciente, del premio por antigüedad o gratificación por años de prestación de servicios en la correspondiente Administración Local¹¹⁰.

En este marco cabe tener presente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Andalucía/Sevilla de 4 de febrero de 2005¹¹¹, en la que, teniendo en cuenta la regulación anterior al EBEP, se consideraba que este tipo de cláusulas convencionales eran nulas, al calificar este tipo de premios como una retribución no prevista en el artículo 23 de la Ley 30/1984; afirmándose, asimismo, en la STSJ (sala CA) de Andalucía/Málaga de 21 de octubre de 2003¹¹² que “.. por lo que se refiere al premio a la constancia a que se refiere el artículo 18 del Acuerdo, el mismo también debe ser anulado porque en ningún caso forma parte de las retribuciones establecidas para los funcionarios en la Ley 30/1984. Como dice el Abogado del Estado, la antigüedad en la función debe ser retribuida con los correspondientes trienios..”.

Y, en fin, la misma postura se defendía en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 6 de junio de 2003¹¹³.

4. ¿Era posible negociar colectivamente indemnizaciones para los casos de incapacidad permanente (o fallecimiento) de un empleado público?

109. RJCA 515. También, STSJ (sala CA) de Cantabria de 8 de abril de 2002 (RJCA 773).

110. Figura que cabe calificar como mejora voluntaria en aquellos casos en que se abona en el momento de la jubilación del empleado.

111. Jur. 2006/60935.

112. Jur. 2004/12316.

113. RJCA 2003/809.

La misma calificación como retribución no prevista en la Ley 30/1984 se atribuyó, por parte de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Andalucía/Sevilla de 4 de febrero de 2005¹¹⁴, a las indemnizaciones a tanto alzado previstas convencionalmente para el supuesto de invalidez permanente del personal laboral o funcionario público (solución que cabía extender a los casos en que la contingencia protegida era el fallecimiento del empleado público).

A estos efectos, se consideraba que dicha indemnización chocaba frontalmente con los artículos 1 del Real Decreto 861/1986 y 93 de la Ley de Bases del Régimen Local, dado que los funcionarios de la Administración Local sólo podían percibir las retribuciones y contraprestaciones de los artículos 23 y 24 de la Ley 30/1984, que tenían la consideración de bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

5. ¿Eran válidas las cláusulas convencionales donde se preveía una mejora voluntaria en el marco de la prestación por incapacidad temporal?

Junto a los debates anteriores, no hay duda que la atención judicial, antes de la aprobación del EBEP, se centró especialmente en torno a un tema muy importante si tenemos en cuenta su presencia constante en la negociación colectiva desarrollada en el marco de las Administraciones Locales: la posibilidad o no de fijar complementos de la prestación por IT a través de la negociación colectiva del personal laboral y de los funcionarios públicos.

Esta cuestión fue tratada por las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (sala CA) de Cantabria de 11 de octubre de 2001¹¹⁵, 27 de febrero de 2002¹¹⁶ y 8 de abril de 2002¹¹⁷, de Madrid de 27 de abril de 2004¹¹⁸, de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005¹¹⁹ y de Galicia de 16 de marzo de 2005¹²⁰, y la conclusión –casi uniforme– que se alcanzó era claramente contraria al establecimiento de complementos de la prestación por IT a través de la negociación colectiva, declarando la inaplicación de la correspondiente cláusula convencional, tanto en el caso de los funcionarios públicos como del personal laboral.

Los argumentos (en algunos casos contradictorios entre sí) que fundamentaban este criterio judicial consolidado eran los siguientes:

1º) Esos complementos contemplaban, bajo distintos nombres, lo que no eran sino remuneraciones de empleados públicos que incrementaban el gasto público en retri-

114. Jur. 2006/60935.

115. RJCA 1511.

116. RCJA 2002/515.

117. RJCA 2002/773.

118. Jur. 2004/224905.

119. RCJA 2005/222.

120. RJCA 485.

buciones, cuando dicho incremento no era posible si ya se había alcanzado el incremento máximo autorizado por la correspondiente Ley de Presupuestos¹²¹. Se estaría, pues, encubriendo un complemento salarial que haría exceder el incremento legal de las retribuciones autorizado legalmente¹²².

2º) En el caso de los funcionarios públicos, se vulneraban las disposiciones reguladoras de las licencias para los funcionarios de la Administración General del Estado y, por lo tanto, se contravenía lo dispuesto en el artículo 69.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y la disposición final 2ª de la Ley 7/1985, de 2 de abril¹²³.

3º) Un Ayuntamiento carecía de competencia para negociar sobre esta cuestión, por lo que el artículo 32 de la LORAP no prestaba cobertura normativa a dicho aspecto¹²⁴.

4º) Y, una vez que, por Real Decreto 480/1993, se sometió a los funcionarios de las corporaciones locales al Régimen General de la Seguridad Social, no podía pretenderse seguir manteniendo una cobertura paralela, que era en parte lo que se venía a hacer con el complemento por IT, al tratarse de una cobertura de tipo social y, por tanto, complementaria del Régimen de Seguridad Social.

Por tanto, si eran prestaciones complementarias, quedaban al margen del poder dispositivo de los Ayuntamientos, al estar regulado el régimen de la Seguridad Social por normativa de rango legal y procedencia estatal o autonómica y ser el contenido de los derechos funcionariales de tipo estatutario y no mejorable por simple convenio.

A esa conclusión no se oponía el que el artículo 32 de la LORAP incluyese las materias de Seguridad Social entre las propias de la negociación colectiva, ya que la norma se refería a la negociación en todas las Administraciones Públicas, siendo imaginable la negociación en el ámbito, por ejemplo, de la del Estado, que diese como resultado un compromiso del Gobierno para promover un cambio legal en la materia. Pero ello no autorizaba a las Administraciones a introducir directamente los cambios a través de acuerdos con sus empleados¹²⁵.

Sin embargo, ese criterio unánime se rompía en el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 8 de abril de 2002¹²⁶, donde se declaraba la validez de los complementos de la prestación por IT, sobre la base de dos argumentos:

a) No se trataba de retribuciones en especie distintas de las previstas en el artículo 23 de la Ley 30/1984, aunque no se fundamentaba el porqué.

121. SSTSJ (sala CA) de Cantabria de 11 de octubre de 2001 (RJCA 2001/1511) y 27 de febrero de 2002 (RJCA 2002/515).

122. STSJ (sala CA) de Galicia de 16 de marzo de 2005 (RJCA 2005/485).

123. STSJ de Madrid de 27 de abril de 2004 (Jur. 2004/224905).

124. STSJ (sala CA) de Galicia de 16 de marzo de 2005 (RJCA 2005/485).

125. STSJ (sala CA) de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005 (RJCA 2005/222).

126. RJCA 2002/773.

b) Y, no era posible interpretar la disposición adicional 7ª de la Ley 11/1960 de manera tal que prohibiese toda actuación de las corporaciones locales en las materias de Seguridad Social y Asistencia Social de su personal funcionario y obrero de plantilla, olvidándose de los importantes cambios normativos producidos en los últimos cuarenta años. Y, entre ellos, la disposición final 2ª de la Ley de Bases de Régimen Local, el artículo 192 de la LGSS, los artículos 69.1 y 67 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado y otros que pudieran añadirse como la disposición adicional 21ª de la Ley 30/1984 y la propia Constitución.

No era solamente que las normas se tuvieran que interpretar conforme a la realidad social del tiempo en que debieran ser aplicadas sino que en su aplicación ha de tenerse en cuenta lo establecido en normas posteriores de igual rango reglamentario o de superior rango que, de conformidad con el principio de autonomía de los Municipios, permitirían a los Ayuntamientos, bien por propia iniciativa o bien tras negociación con sus empleados, el establecimiento de las mejoras voluntarias previstas en el artículo 192 de la Ley General de la Seguridad Social pues ninguna condición, término o plazo se establecía respecto de su aplicación al personal funcionario ni, por último, tampoco la regulación impugnada infringía lo establecido en la Ley de Presupuestos u otras normas de rango de ley.

En definitiva, conforme al criterio defendido por esta sentencia, los Ayuntamientos podían crear mejoras voluntarias al amparo de lo dispuesto en el artículo 192 y siguientes de la LGSS, sin que las mismas, en consecuencia, pudiesen ser consideradas como retribuciones, sino como prestaciones complementarias de la Seguridad Social. Se trataba, no obstante, como hemos visto, de un criterio minoritario.

Finalmente, también cabe citar en este ámbito la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2006¹²⁷, donde se admitió la validez de un complemento de la prestación por IT, al estar configurado como un anticipo reintegrable, no existiendo un beneficio económico que fuera más allá de los límites establecidos para las retribuciones y prestaciones de la Seguridad Social.

6. ¿Era válido establecer premios de jubilación a través de la negociación colectiva desarrollada en el marco de las Administraciones Públicas?

El posible establecimiento de premios de jubilación a los 65 años de edad o de indemnizaciones para el caso de la jubilación anticipada en acuerdos de funcionarios o conve-

nios colectivos del personal laboral -mejora frecuente en la práctica negocial reciente-, fue objeto de atención, sobre la base de la regulación anterior al EBEP, en las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia (sala CA) de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005¹²⁸, 4 de octubre de 2004¹²⁹, 2 de diciembre de 2004¹³⁰ y 9 de diciembre de 2004¹³¹, de Cantabria de 8 de abril de 2002¹³², 6 de junio de 2003¹³³, 12 de noviembre de 2004¹³⁴ y 11 de octubre de 2001¹³⁵, de Andalucía/Málaga de 21 de octubre de 2003¹³⁶, de Andalucía/Sevilla de 4 de febrero de 2005¹³⁷ y de Extremadura de 30 de octubre de 2003¹³⁸.

En todas ellas se mantienen los mismos criterios, aunque no siempre coinciden los argumentos empleados para fundamentar la solución adoptada.

Por una parte, el criterio defendido en torno a los premios de jubilación anticipada consistió en afirmar que este tipo de cláusulas convencionales –muy comunes en la práctica negocial catalana-, sólo eran admisibles cuando se enmarcaban en un sistema de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a las especificidades de cada Ayuntamiento que podían incluir, entre otras medidas, la de jubilación anticipada, en los términos previstos por la disposición adicional 21^a¹³⁹ de la Ley 30/1984¹⁴⁰.

Y junto a lo anterior también se afirmaba –con argumentos un tanto contradictorios entre sí- que:

a) Esos premios resultaban contrarios al artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986¹⁴¹.

b) En el caso que el premio de jubilación anticipada no se incluyese en un sistema de racionalización de los recursos humanos se consideraba como una retribución, y en consecuencia, se hallaba sujeto a los límites fijados en las Leyes de Presupuestos¹⁴².

c) Estos premios o eran retribuciones o eran prestaciones complementarias de Seguridad Social. Si eran retribuciones, entonces eran ilegales por vulnerar el artículo 23 de la Ley 30/1984. Y si eran, como parece, percepciones complementarias y paralelas al sistema de Seguridad Social, había que decir que un Ayuntamiento no podía pretender, una vez incorporados sus funcionarios al Régimen General de la Seguridad Social, ejercer por su cuenta de Seguridad Social, quedando tal cuestión al margen del poder dispositivo de los Ayuntamientos, al estar regulado el régimen de la Seguridad Social por normativa de rango legal y procedencia estatal o autonómica además de que el contenido de los derechos funcionariales era de tipo estatutario y no mejo-

128. RJCA 2005/222.

129. RJCA 2004/990.

130. RJCA 2005/195.

131. RJCA 2005/167.

132. RJCA 2002/773.

133. RJCA 2003/809.

134. Jur. 2004/309922.

135. RJCA 2001/1511.

136. Jur 2004/12316.

137. Jur 2006/60935.

138. RJCA 2004/333.

139. En la que se afirma: “Las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, podrán adoptar, además de Planes de Empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o alguna de las medidas mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 18 de la presente Ley, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada”.

140. Así, la STSJ (sala CA) de Cantabria de 8 de abril de 2002 (RJCA 2002/773) señala que: “... se cumple el requisito exigido en la disposición adicional por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, a la disposición adicional 21^a de la Ley 30/1984, dado que en ejercicio de la capacidad de autoorganización municipal se ha establecido un modelo organizativo de racionalización de los recursos humanos, adaptado a las especificidades del Ayuntamiento de Torrelavega. En consecuencia constando en el Modelo Organizativo elaborado por la empresa de consultoría Bossard, la estructura y el

rable por simple convenio.

Y a ello no se oponía el que el artículo 32 de la LORAP incluyese las materias de Seguridad Social entre las propias de la negociación, ya que la norma se refería a la negociación en todas las Administraciones públicas, siendo imaginable la negociación en el ámbito, por ejemplo, de la del Estado, que diese como resultado un compromiso del Gobierno para promover un cambio legal en la materia, pero ello no autorizaba a las Administraciones a introducir directamente los cambios a través de acuerdos con sus empleados¹⁴³.

d) La jubilación voluntaria incentivada recogida en el artículo 34 de la Ley 30/1984 se limitaba, única y exclusivamente, al supuesto de los funcionarios afectados por un proceso de reasignación de efectivos que se encontrasen en las situaciones de expectativa de destino o de excedencia forzosa, como consecuencia de un Plan de Empleo. No podía ofrecer cobertura legal, por tanto, a un premio de jubilación anticipada previsto con carácter general para todos los funcionarios de una Administración Local¹⁴⁴.

e) Y, estos premios infringían el contenido de los artículos 139 del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local y 33 de la Ley 30/1984, porque el primero de ellos establecía que la jubilación de los funcionarios tenía lugar, forzosamente, por cumplimiento de la edad reglamentaria, y el segundo, disponía que la jubilación forzosa se declararía de oficio al cumplir los 65 años de edad, salvo en aquellos supuestos en que, voluntariamente, se prolongase la permanencia hasta, como máximo, los 70 años de edad, preceptos calificados como legislación básica en materia de jubilación de los funcionarios, que podía ser desarrollada o completada por la correspondiente normativa de las Comunidades Autónomas pero nunca por la reglamentaria de las entidades locales y, por otra parte, el fomento del empleo a través de las jubilaciones anticipadas debía realizarse siguiendo las pautas de la legislación estatal o autonómica, y no a través de acuerdos corporativos que incorporasen una política municipal propia¹⁴⁵.

Por otra parte, los Tribunales también mantenían una postura negativa frente a los premios de jubilación cobrados al cumplir los 65 años de edad. Los argumentos que utilizaban eran los siguientes:

a) Ese premio chocaba frontalmente con el artículo 1 del Real Decreto 861/1986 y con el artículo 93 de la Ley de Bases de Régimen Local, ya que los funcionarios de la Administración Local sólo podían percibir las retribuciones

organigrama del Ayuntamiento de Torrelavega, e incluyéndose en el mismo la propuesta de racionalización de servicios, exigida por la normativa vigente, y habiéndose aprobado dicha Propuesta por el Pleno de la Corporación es de aplicación lo establecido en la citada disposición adicional y, por tanto, se ha de desestimar la demanda en este punto.". También, SSTSJ (sala CA) de Cantabria de 12 de noviembre de 2004 (Jur. 2004/309922) y 11 de octubre de 2001 (RJCA 2001/1511).

141. STSJ (sala CA) de Andalucía/Málaga de 21 de octubre de 2003 (Jur. 2004/12316).

142. SSTSJ (sala CA) de Cantabria de 12 de noviembre de 2004 (Jur. 2004/309922), 6 de junio de 2003 (RJCA 2003/809) y 11 de octubre de 2001 (RJCA 2001/1511).

143. SSTSJ (sala CA) de Castilla-La Mancha de 2 de diciembre de 2004 (RJCA 2005/195), 9 de diciembre de 2004 (RJCA 2005/167), 4 de octubre de 2004 (RJCA 2004/990) y 28 de febrero de 2005 (RJCA 2005/222).

144. SSTSJ (sala CA) de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005 (RJCA 2005/222) y 4 de octubre de 2004 (RJCA 2004/990).

145. STSJ (sala CA) de Extremadura de 30 de octubre de 2003 (RJCA 2004/333).

y contraprestaciones previstas legalmente, consideradas bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Ello excluía, en definitiva, su posible negociación colectiva.

b) Y, el premio por jubilación era contrario al artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986.

En este último ámbito, también cabe destacar que los Tribunales excluyeron la existencia de responsabilidad patrimonial por parte de un Ayuntamiento en los casos en que éste dejaba de pagar un complemento de pensión de jubilación al entender que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no podían financiarse con fondos públicos, ya que tal conducta era ilegal.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Castilla y León/Burgos de 24 de septiembre de 2004¹⁴⁶ señalaba que: "... no podemos decir que la actuación de la Administración que ha derivado en la imposibilidad de hacer efectivo el complemento de la pensión de jubilación con cargo a fondos públicos municipales por su colisión con la Ley, constituya una lesión antijurídica que el recurrente tenía el deber de soportar. La correcta aplicación de la Ley por una Entidad pública no puede dar lugar a una lesión económica indemnizable por parte de esa Administración, ya que, en este caso, la lesión se refiere a un perjuicio económico que el particular tiene el deber de soportar... la Administración no puede seguir procediendo al pago de unas prestaciones económicas para cuya satisfacción no se encontraba legalmente habilitada, ya que la financiación de las mismas con cargo a los recursos públicos resultaba legalmente prohibida desde el día 1 de enero de 1986, por lo que no se trata de una decisión unilateral adoptada por la Administración demandada, sino de la necesaria aplicación del principio de primacía de la Ley de Presupuestos Generales sobre el Convenio Colectivo, por lo que la correcta aplicación de una Ley por parte del Ayuntamiento no puede dar lugar a una lesión indemnizable, pues no estamos ante una lesión antijurídica que el recurrente no tenga el deber de soportar..."¹⁴⁷. La misma solución se aplicaba en el marco de la jubilación anticipada¹⁴⁸.

Por último, cabe destacar que algunas sentencias atribuían a la Jurisdicción social el conocimiento de los pleitos sobre mejoras voluntarias referidas a funcionarios públicos de una Administración Local. Era el caso, por ejemplo, de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala social) del País Vasco de 14 de junio de 2005¹⁴⁹, que defendía tal solución sobre la base de una interpretación extensiva de lo dis-

146. Jur 2004/273897.

147. STSJ (sala CA) de Castilla y León/Burgos de 24 de septiembre de 2004 (Jur 2004/273897).

148. SSTSJ (sala CA) del País Vasco de 17 de enero de 2003 (Jur. 2003/114710) y 17 de enero de 2003 (Jur 2003/93049).

149. AS 2005/2476.

puesto en el artículo 2.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, entendiendo que la referencia del mismo al “convenio colectivo” y al “contrato de trabajo” no excluía la situación de quienes prestan servicios por un nexo distinto, como es el caso de los funcionarios públicos.

Y, asimismo, se señalaba que otra opción implicaba que mientras que las cuestiones vinculadas con las prestaciones de Seguridad Social competían a la jurisdicción social, las relacionadas con las mejoras voluntarias corresponderían a la jurisdicción contencioso-administrativa. Disparidad de jurisdicciones que, en su opinión, no estaba recogida en la norma primaria en la materia, esto es, la Ley Orgánica del Poder Judicial, en cuanto atribuye a los órganos del orden social el enjuiciamiento de las reclamaciones en materia de Seguridad Social, sin distinción alguna.

7. ¿Eran válidas las cláusulas que establecían la concesión de préstamos a favor de los empleados públicos?.

También planteó dudas el determinar si resultaban válidas las cláusulas convencionales que preveían la concesión de préstamos para la adquisición o rehabilitación de la vivienda por parte del personal laboral o de los funcionarios públicos.

Cláusula que, en opinión de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 11 de octubre de 2001¹⁵⁰ y 27 de febrero de 2002¹⁵¹, debía considerarse como válida, al no constituir una fórmula de remuneración encubierta, dado que no retribuiría el trabajo prestado sino que se trataría de una ayuda que formaría parte de la política social del Ayuntamiento.

Es una lástima, no obstante, que el Tribunal no fijase cuáles eran los límites y contenido posible de esa política social que podrían desarrollar las entidades locales.

8. ¿Era admisible el establecimiento negocial de un Fondo Social?.

También planteó dudas la validez de una cláusula convencional en la que se articulaba un Fondo Social cuya finalidad era atender las situaciones y riesgos imprevisibles a los que podían enfrentarse sus beneficiarios –trabajadores y funcionarios públicos–.

Esta cuestión fue resuelta en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) de Cantabria de 11 de octubre de 2001¹⁵² en un sentido afirmativo, al considerar que no se trataba de remuneración sino de ayudas, además, de escasa cuantía.

150. RJCA 1511.

151. RJCA 515.

152. RJCA 1511.

Es fácil concluir, teniendo en cuenta lo señalado en los apartados anteriores, que los Tribunales no eran muy partidarios de que las Administraciones Públicas negociasen colectivamente mejoras voluntarias, dejando, no obstante, un cierto margen en el marco de las medidas de acción social.

9. ¿Era válido negociar el establecimiento de planes de pensiones?.

Finalmente, cabe recordar que también los Tribunales tuvieron que pronunciarse sobre la posibilidad de que las Administraciones Públicas negociaran colectivamente la inclusión de planes de pensiones a favor de sus empleados.

En este ámbito cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2005, y la sentencia del Tribunal Supremo (sala CA) de 14 de diciembre de 2006¹⁵³, que admiten la validez de este tipo de cláusulas.

B. Los últimos pronunciamientos.

En los últimos meses se ha producido algún pronunciamiento relevante, de origen diverso, como es el caso de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (sala CA) del País Vasco de 31 de enero de 2008¹⁵⁴, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 2007¹⁵⁵ y una sentencia del Tribunal de Cuentas también del año 2007.

En las dos primeras se vuelve a ratificar la validez de la constitución negociada de planes de pensiones en las Administraciones Públicas, recordándose que no existe ninguna prohibición legal al respecto.

En cambio, en la tercera sentencia se plantea una cuestión más preocupante ya que en la misma el Ministerio Fiscal formula demanda de reintegro frente a un Ayuntamiento por el pago de retribuciones durante una situación de baja por enfermedad a sus funcionarios, alegando que aquél había pagado la totalidad de las retribuciones cuando, conforme al régimen legal aplicable, a partir del cuarto mes de baja, la cuantía de la prestación económica era el 75% de la base de cotización al Régimen General de la Seguridad Social. Se alega, en consecuencia, un perjuicio a los fondos públicos, al haberse ordenado el pago de un exceso de retribuciones, solicitando, asimismo, la responsabilidad del alcalde del Ayuntamiento y del interventor accidental del mismo.

El Tribunal admite la reclamación del Ministerio Fiscal y, en consecuencia, la existencia de un pago indebido, sobre la base de los siguientes argumentos:

153. RJ 2006/9592.

154. RJCA 2008/365.

155. RJ 2007/7227.

1º) La disposición final 2ª de la Ley de Bases de Régimen Local establece que los funcionarios públicos de la Administración Local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispensa a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrada en el sistema de Seguridad Social. El artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, dispone que los funcionarios de la Administración Local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la CC.AA. respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado. Y, el artículo 300 del Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril, sobre Texto Refundido de la Ley Municipal y Régimen Local de Catalunya, relativo al régimen estatutario de los funcionarios locales, señala que las licencias y los permisos han de ser idénticos a los de los funcionarios de la Administración de la Generalitat.

A estos efectos, el artículo 96.3 del Decreto Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, por el que se aprobó la refundición en un texto único de los preceptos de determinados textos legales vigentes en Catalunya en materia de función pública, indica que reglamentariamente se determinarán las licencias que correspondan por razón de enfermedad; desarrollo reglamentario no producido, por lo que hay que acudir a la regulación supletoria, recogida en el artículo 69 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, conforme al cual las enfermedades que impiden el normal desempeño de las funciones públicas darán lugar a licencias de hasta 3 meses cada año natural, con plenitud de derechos económicos.

Por su parte, el artículo 6.1 del Real Decreto 480/1993, de 2 de abril, por el que se integró en el Régimen General de la Seguridad Social a los funcionarios de la Administración Local, señala que las prestaciones por IT al personal activo se concederán en los mismos términos y condiciones que los previstos en el Régimen General y se prestarán conforme a lo establecido en la disposición transitoria 5ª, que manifiesta que la prestación por IT derivada de contingencias comunes se reconocerá y abonará por las corporaciones locales que tengan a su cargo al personal que se integre.

En fin, la normativa de Seguridad Social –Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre– dispone que en caso de IT derivada de contingencias comunes se cobra el 60% de la base reguladora hasta el vigésimo día de baja y el 75% a

partir de ese momento; este último porcentaje se aplica desde el primer día si nos encontramos ante un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

2º) No se ha alegado por las partes demandadas la existencia de norma vigente que pudiera ampliar los derechos retributivos señalados anteriormente.

3º) De lo anterior, el Tribunal de Cuentas deduce que el régimen aplicable a los funcionarios públicos en cuanto a las retribuciones a percibir durante el período de baja por enfermedad es el siguiente:

- Los primeros tres meses, los funcionarios tienen derecho a percibir la totalidad de sus retribuciones artículo 69 la Ley de Funcionarios Civiles del Estado).

- A partir del cuarto mes de licencia, los funcionarios han de percibir las retribuciones equivalentes al 75% de la base de cotización correspondiente al mes anterior a la baja médica.

4º) Y, el Ayuntamiento implicado, al haber pagado a partir del tercer mes una retribución superior al citado porcentaje ha incurrido en un pago indebido, causando un perjuicio económico a los fondos públicos. Asimismo, declara el Tribunal como responsables contables al Alcalde y al interventor accidental del Ayuntamiento.

Respecto del primero, el Tribunal concluye que actuó de forma dolosa, ya que ordenó el abono de la totalidad de las retribuciones a los funcionarios en contra de los informes emitidos por el interventor accidental y el secretario general de la corporación. En relación con el segundo, el Tribunal afirma que originó un pago indebido al no efectuar advertencia de la ilegalidad del mismo, actuando de forma gravemente negligente.

Es fácil pensar que si se generaliza este criterio y se aplica en todos los supuestos en que un Ayuntamiento complementa una prestación de la Seguridad Social (indemnizaciones, complementos de todo tipo <jubilación, incapacidad permanente, contratos de seguro..>) el resultado sería muy preocupante. No obstante, a nuestro entender, cabe tener muy presente que, tal y como hemos visto, uno de los argumentos que alega el Tribunal es que las partes demandadas no alegaron normas vigentes que pudieran ampliar los derechos retributivos en un caso de baja por enfermedad. A estos efectos, podría haberse alegado la normativa de la LORAP y, en estos momentos, del EBEP que permiten –o pueden permitir– la negociación colectiva en este ámbito. Aun cuando, como hemos visto, la interpretación judicial realizada respecto de dicha normativa ha sido también

muy restrictiva.

A nuestro entender, este criterio no puede considerarse como definitivo, restando pendiente el supuesto en que la misma u otra situación semejante se plantee fundamentándose en lo dispuesto en un convenio colectivo o en un acuerdo de funcionarios.

Desde una perspectiva general cabe señalar que es muy pronto para determinar si la aprobación del EBEP va a suponer un cambio en la posición de los Tribunales y si estos van a suavizar su doctrina en torno a las mejoras voluntarias pero, a nuestro entender y tal y como veremos en el próximo apartado, la regulación contenida en el EBEP no permite tener grandes esperanzas en ese sentido.

3. Los cambios introducidos por el EBEP en el marco de los funcionarios públicos

A. Marco general

En una primera aproximación al contenido del EBEP, al que nos referiremos posteriormente con más detalle, cabe afirmar que éste le dedica una mayor atención que la LORAP a la negociación colectiva de lo que podríamos calificar, en términos generales, como “políticas sociales”; concepto en el que, a nuestro entender, se engloban, sin duda, las mejoras voluntarias y las medidas de acción social.

En efecto, cabe recordar que esta materia aparecía reflejada esencialmente en algunos apartados del artículo 32 de la LORAP, donde se señalaba que “serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública las materias siguientes: .. f) la determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados; .. j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija normas con rango de Ley; k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración..”. Existía, pues, una referencia expresa a la negociación colectiva de las políticas sociales aplicables a los funcionarios públicos

no exenta, como vimos en el apartado anterior, de importantes interrogantes, resueltos de una forma restrictiva por los Tribunales.

Sin embargo, cabe tener muy en cuenta que esa presencia se ha incrementado de forma importante en el texto del EBEP, de lo que cabe deducir que el legislador le atribuye una mayor relevancia a esta cuestión, lo que cabe interpretar como un paso adelante en las distintas posibilidades (incluida la negociación colectiva) que la misma plantea. A nuestro entender, esa mayor presencia en el EBEP equivale a reforzar la trascendencia de esta materia.

No obstante, y por desgracia, la LORAP y el EBEP sí mantienen un punto en común y es que no aclaran suficientemente el alcance, el contenido y la articulación de las políticas sociales, limitándose concretamente el EBEP a hacer referencia a las mismas en varios de sus apartados sin poner de manifiesto –al menos de una forma explícita– si existe y cuál es, en su caso, la perspectiva o visión de conjunto. Ello va a tener como consecuencia el que, ya en estos momentos, se mantengan las dudas e interrogantes que surgieron bajo la vigencia de la LORAP e, incluso, es posible que esas dudas adopten matices nuevos o se incrementen. El EBEP ha perdido la oportunidad de dotar de mayor claridad a esta trascendente cuestión.

Pues bien, partiendo de la premisa de que las “políticas sociales” están conformadas por todas aquellas medidas, de diverso tipo, dirigidas a proteger a los funcionarios públicos y vinculadas con el hecho de estar prestando servicios en una Administración Pública, dentro de las mismas cabría incluir varias medidas previstas en el EBEP, reguladas en los términos siguientes:

a) Con carácter general, el artículo 14.o) del EBEP recoge el derecho individual de los empleados públicos a las prestaciones de la Seguridad Social correspondientes al régimen que les sea de aplicación.

b) En un marco más específico, el artículo 29⁵⁶ del EBEP prevé que las Administraciones Públicas podrán destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos, de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de los Planes de Pensiones. A lo que se añade que las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos

156. En relación con la aplicación de este precepto cabe tener presente lo previsto en la disposición final 4ª del EBEP.

de seguros tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida¹⁵⁷.

c) Dentro de la delimitación de las materias negociables, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública y con el alcance que legalmente proceda en cada caso, cabe citar las siguientes:

- La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 37.1.a) en relación con el art. 29 del EBEP).

- Los planes de previsión social complementaria (art. 37.1.e) del EBEP).

- Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas (art. 37.1.g) del EBEP).

- Los criterios generales de acción social (art. 37.1.i) del EBEP).

d) Y, como elemento instrumental o sobre el que descansan varias de las medidas que cabe calificar como de “política social” también cabe referir los artículos 63.c y 67 del EBEP, donde se regulan las condiciones y requisitos de la jubilación de los funcionarios públicos.

A nuestro entender, este conjunto de medidas puede organizarse en torno a tres categorías, cada una de las cuales, aun englobándose en el marco general de las “políticas sociales” presenta matices –y problemas- especiales (entre ellos, su naturaleza jurídica). Probablemente pueda sorprender, pero en la delimitación de tales categorías debemos tener en cuenta no sólo el EBEP sino también lo dispuesto en la normativa de Seguridad Social y en otras normas, por cuanto se trata de cuestiones en las que no cabe considerar el EBEP como un compartimento estanco sino que por la propia materia objeto de regulación deben tenerse presentes otras normas; así cabe distinguir los siguientes ámbitos:

1º) Medidas o actuaciones vinculadas con la protección obligatoria que ofrece el sistema de Seguridad Social, ya se trate del régimen de clases pasivas o del régimen general de la Seguridad Social, en función del colectivo de funcionarios públicos del que se trate: aquí se sitúa lo dispuesto por los artículos 14.o) y 37.1.g) del EBEP. En este ámbito y con carácter complementario, cabe tener en cuenta lo previsto en la normativa que regula los citados regímenes de la Seguridad Social.

2º) Medidas o actuaciones cuyo objetivo es ir más allá de

157. Al respecto, vid, entre otros, CARVAJAL MOLINA, P. et al, “El impacto de pensiones de la empresa en la composición de la plantilla”.

la protección obligatoria prevista por el sistema de Seguridad Social, esto es, pretenden ofrecer al funcionario público un complemento de la prestación que le otorga dicho sistema cuando se produce la actualización de una determinada contingencia (incapacidad, jubilación..). En definitiva, estas medidas, de carácter voluntario, están diseñadas con el objetivo de vincularse y complementar aquellas prestaciones ya previstas por el sistema obligatorio de Seguridad Social. Aquí, a nuestro entender, cabe incluir lo previsto en los artículos 29 y 37.1.e) del EBEP, calificándose genéricamente dichas medidas como mejoras voluntarias.

3º) Y, medidas o actuaciones cuyo objetivo es proteger a los funcionarios públicos frente a determinados riesgos o situaciones de necesidad no previstas por el sistema de Seguridad Social, y cuya naturaleza puede ser muy diversa. Aquí se incorporaría lo dispuesto en el artículo 37.1.i) del EBEP, pudiéndose hablar de medidas de acción social.

Tal y como afirmábamos anteriormente, en el fundamento de esta clasificación se halla la idea de que la misma no puede llevarse a término teniendo en cuenta sólo el EBEP o incluso la normativa funcional, sino que cabe tener en cuenta que se hallan presentes conceptos como “prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas”, “planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos”, “previsión social complementaria”, “acción social” cuyo contenido e identificación se hallan más allá de dicha normativa, en ámbitos como la normativa de Seguridad Social o la que regula los planes y fondos de pensiones. Se trata, pues, a nuestro entender, de una labor de definición conjunta, máxime si nos detenemos en el hecho de que todas estas medidas actúan bien –cuando se trata de los dos primeros tipos- cuando el funcionario público no está en activo por hallarse enfermo, incapacitado, jubilado, etc., o –en el caso del tercer tipo de medidas- si bien se encuentra activo las medidas no se vinculan directamente con el trabajo que realiza sino que se pretende ayudarle a hacer frente a necesidades de diverso tipo pero claramente extralaborales (gastos derivados del nacimiento de hijos, ayudas por hijos o familiares con discapacidad..).

Partiendo de esta clasificación veamos con más detalle cada uno de esos tipos de medidas, así como los problemas que plantean.

B. Medidas o actuaciones vinculadas con la protección obligatoria que ofrece el sistema de Seguridad Social.

Tal y como adelantamos, en este ámbito se sitúan los

artículos 14.o) y 37.1.g) del EBEP. Centrándonos en este último, cabe recordar que el mismo implica la identificación como materia negociable de los “criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas”. En este marco cabe hacer varias consideraciones:

- Tal y como ya ha señalado la doctrina¹⁵⁸, esta referencia cabe relacionarla con la legislación de Seguridad Social de los funcionarios civiles del Estado y con el régimen jurídico del mutualismo administrativo que se regula por ley estatal y, en consecuencia, su negociación corresponde a la mesa de la Administración General del Estado, por lo que, lógicamente, queda al margen de la capacidad negociadora de las entidades locales cuyo personal, además, se encuentra protegido por el Régimen General de la Seguridad Social.

- A lo que cabe añadir que este precepto puede parecer a priori un tanto curioso precisamente por lo señalado anteriormente, esto es, se refiere exclusivamente al régimen de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas –Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Públicos– cuando precisamente la gran mayoría de los funcionarios públicos a nivel estatal están ya incorporados en el Régimen General, al que no se hace referencia.

Ello se debe, a nuestro entender, a una razón de delimitación de competencias: en dicho Régimen General de la Seguridad Social se incluyen otras muchas personas junto a los funcionarios públicos, por lo que resultaría poco acertado atribuir a la mesa general de la Administración General del Estado el establecimiento de los correspondientes criterios generales cuando precisamente dichos criterios deben establecerse en un ámbito mucho más amplio, tal y como se ha hecho en los últimos 15 años respecto de las grandes reformas del sistema de Seguridad Social, a través de instrumentos como el Pacto de Toledo de 1995 y su renovación, o los Acuerdos de Pensiones de 2001 o 2006 (algunos fruto de la labor parlamentaria y otros acuerdos resultado del consenso alcanzado entre el gobierno y los agentes sociales más representativos). Estamos, pues, ante una materia no negociable colectivamente en el marco específico de las Administraciones Públicas.

En torno a esta cuestión cabe destacar, no obstante, que un sector de la doctrina¹⁵⁹ se ha cuestionado, a la vista del artículo 37.1.g) del EBEP, la legitimidad constitucional de un precepto que limita la negociación de la protección de la Seguridad Social obligatoria al sector funcional, por

158. MAURI MAJÓS, J., “L’objecte de la negociació col·lectiva a partir de l’Estatut bàsic de l’empleat públic”, Federació de Municipis. Pàg. 59.

159. ROQUETA BUJ, R., “El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público”, La Ley, 2007, pág. 359.

cuanto con ello podría vulnerarse el principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución. No obstante, se considera que puede argumentarse que no se vulnera dicho principio, por cuanto la asunción de la Seguridad Social por el Estado como función exclusivamente estatal desemboca en una acusada ordenación heteronómica de esta materia. Añadiéndose a ello que “.. de esta forma, al tener el Estado la competencia exclusiva para regular la Seguridad Social, derivada de la circunstancia de que la misma se financia a cargo de los recursos públicos, las partes del convenio colectivo no pueden incidir sobre dicha materia. Las prestaciones y pensiones de los funcionarios públicos también se financian con recursos públicos. Sin embargo, la presencia del Gobierno, como parte contratante en la Mesa de negociación, hace posible el que se debatan y negocien las prestaciones y pensiones de las clases pasivas. Las consecuencias de la condición pública de la Administración en este ámbito material son diametralmente opuestas a lo que sucede en relación con el resto de materias, pues determina que el espacio de la actividad negociada sea mayor que en el sector laboral. Además, esta diferencia entre la negociación funcionarial y laboral se ve contrarrestada porque en el ámbito de la Seguridad Social complementaria la situación de los trabajadores es mejor, pues no existen, como suceden en la función pública, los límites fijados por las Leyes de Presupuestos. Estas argumentaciones, por lo demás, serían insuficientes si los niveles de protección negociados se fijaran a un nivel notablemente superior al que se espera para el sector privado..”

- Lo que se negocia son, únicamente, los “criterios generales” para la determinación de las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas pero no esa determinación. Es decir, no se exige la negociación de las normas que regulan tales prestaciones sino sólo los criterios generales a seguir por el Estado para su determinación o configuración¹⁶⁰. Cabe recordar que, actualmente, la normativa aplicable se encuentra, esencialmente, en el Real Decreto 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado y en el Real Decreto 375/2003, de 28 de marzo, que recoge el Reglamento General del Mutualismo Administrativo.

- Y respecto de las entidades locales cabe recordar que ya la disposición adicional 3ª.1 de la Ley 11/1960, de 12 de mayo, sobre creación de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, establecía que aquéllas no podían

160. ROQUETA BUJ, R., “El derecho.”, op.cit. pág. 360.

“adoptar, respecto al personal a su servicio que haya de tener el carácter de asegurado, acuerdo alguno en materia de reconocimiento de derechos pasivos ni modificar el régimen de éstos”.

161. GALA DURÁN, C., “El régimen jurídico de las mejoras voluntarias de prestaciones de Seguridad Social”, J.M. Bosch Editor, 1999, pág. 31.

C. Medidas o actuaciones cuyo objetivo es ir más allá de la protección obligatoria prevista por el sistema de Seguridad Social.

Mucho más complejo es el panorama presente en este apartado, vinculado, como vimos páginas atrás, a lo previsto en los artículos 29 y 39.1.e) del EBEP. Preceptos que, a nuestro entender, cabe relacionar con lo previsto en los artículos 39 y 192 y 193 de la Ley General de la Seguridad Social y en la disposición final 2ª del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones.

En efecto, en el artículo 39 de la Ley General de la Seguridad Social se señala que “la modalidad contributiva de la acción protectora que el sistema de la Seguridad Social otorga a las personas comprendidas en el apartado 1 del artículo 7 de la presente Ley, podrá ser mejorada voluntariamente en la forma y condiciones que se establezcan en las normas reguladoras del Régimen General y de los Regímenes Especiales. 2. Sin otra excepción que el establecimiento de mejoras voluntarias, conforme a lo previsto en el número anterior, la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva”. De ello es fácil deducir el restringido papel que se atribuye a la negociación colectiva en el marco del sistema de Seguridad Social, limitado precisamente al establecimiento de mejoras voluntarias. A estos efectos, cabe recordar que se entiende por mejoras voluntarias “aquellas obligaciones empresariales derivadas de la propia voluntad empresarial o fruto del contrato de trabajo o de la negociación colectiva que tienen como objeto complementar la acción protectora otorgada por el sistema público de Seguridad Social”¹⁶¹.

Junto a ello, en el artículo 192 de la Ley General de la Seguridad Social se prevé que “las empresas podrán mejorar directamente las prestaciones de este Régimen General, costeándolas a su exclusivo cargo. Por excepción, y previa aprobación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, podrá establecerse una aportación económica a cargo de los trabajadores, siempre que se les faculte para acogerse o no, individual y voluntariamente, a las mejoras concedidas por los empresarios con tal condición. No obstante el carác-

ter voluntario, para los empresarios, de la implantación de las mejoras a que este artículo se refiere, cuando al amparo de las mismas un trabajador haya causado el derecho a la mejora de una prestación periódica, ese derecho no podrá ser anulado o disminuido, si no es de acuerdo con las normas que regulan su reconocimiento”.

Y, en fin, el artículo 193 de la Ley General de la Seguridad Social afirma que “las empresas, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, podrán realizar la mejora de prestaciones a que se refiere el artículo anterior, por sí mismas o a través de la Administración de la Seguridad Social, Fundaciones Laborales, Montepíos y Mutualidades de Previsión Social o Entidades aseguradoras de cualquier clase. 2. Las Fundaciones Laborales legalmente constituidas para el cumplimiento de los fines que les sean propios gozarán del trato fiscal y de las demás exenciones concedidas, en los términos que las normas aplicables establezcan”. Cabe recordar que el desarrollo de todos estos preceptos se encuentra, todavía, en la Orden de 28 de diciembre de 1966.

En una primera aproximación nos encontraríamos, pues, ante el posible establecimiento de mejoras voluntarias por parte de las Administraciones Públicas¹⁶² y, concretamente, por las entidades locales, por cuanto los preceptos citados de la Ley General de la Seguridad Social no las excluyen y, en consecuencia, les resultan, en principio, de aplicación.

Esa aplicación y el propio establecimiento de mejoras voluntarias en el marco de las entidades locales se ve mediatizada, no obstante, por tres factores: 1º) el contenido de algunas normas específicas; 2º) el hecho de que realicemos una interpretación amplia o estricta de lo previsto en el propio EBEP; y, 3º) por la posición que adopten los Tribunales en esta cuestión.

En efecto, cabe tener presente, en primer lugar, que la, ya citada, disposición final 2ª del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, aunque admite que las Administraciones Públicas, incluidas las corporaciones locales, las entidades, organismos de ellas dependientes y empresas participadas por las mismas, puedan promover planes de pensiones de empleo y realizar aportaciones a los mismos, así como contratos de seguro colectivos, incluidos los formalizados por mutualidades de previsión social empresarial, con el fin de instrumentar los compromisos u obligaciones por pensiones vinculados a las contingencias previstas en su artículo

162. Posibilidad admitida minoritariamente por los Tribunales, tal y como vimos páginas atrás.

8.6 referidos a su personal funcionario o laboral o personal estatutario, también establece, como límite, el tradicional límite presupuestario, al afirmar que tal posibilidad se vincula con “la correspondiente habilitación presupuestaria de que disponga cada entidad o empresa, así como de las posibles autorizaciones previas a las que pudiesen estar sometidas tales aportaciones, tanto de carácter normativo como administrativo, para, en su caso, destinar recursos a la financiación e instrumentación de la previsión social complementaria del personal”.

Ese precepto se vincula precisamente con lo previsto en el artículo 29 del EBEP donde, como hemos visto, se autoriza a que las Administraciones Públicas destinen cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado a financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación, para el personal incluido en sus ámbitos. Cantidades que tendrán a todos los efectos la consideración de retribución diferida.

A estos efectos y para el año 2008, el artículo 22 de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2008 prevé una aportación por tales conceptos de hasta el 0,5 por ciento de la masa salarial.

De lo previsto en los preceptos citados se derivan varias consideraciones:

1º) El artículo 29 del EBEP “institucionaliza” o “normaliza” la autorización para realizar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la contingencia de jubilación que, hasta el momento, aparecía reflejada, en el marco de la normativa de función pública, en las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado, si bien, como hemos visto, su puesta en práctica se deja en manos –anualmente- de lo previsto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado; resultando también de aplicación en este ámbito lo previsto en el artículo 37.1.a) del EBEP.

Por tanto, y tal y como está ocurriendo –de forma tímida- en la práctica negocial examinada en un apartado anterior, las entidades locales pueden articular, a favor de sus empleados, planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la contingencia de jubilación, con los límites presupuestarios previstos por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

En este punto cabe recordar que la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2005, de 26 de mayo¹⁶³, admitió como

163. Al respecto, SUÁREZ CORUJO, B., “¿Previsión social complementaria en las AA.PP.? Cuestión de inconstitucionalidad respecto de la D.F.2ª LPPF: la STC 129/2005, 26 de mayo”, BIB 2005/2374.

válido el establecimiento de planes de pensiones en el marco de las Administraciones Públicas, señalando al respecto que no cabe hablar de un trato discriminatorio en la Ley: lejos de introducir por sí misma (de forma mediata o inmediata) una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, la disposición final 2ª del Real Decreto 1/2002 se limita a contemplar la posibilidad de que las entidades integradas en el sector público puedan promover la constitución de planes de pensiones y realizar contribuciones a ellos. Cosa distinta es que esa habilitación pueda dar lugar a tratamientos discriminatorios como consecuencia de que tal opción sea ejercitada por algunas entidades y por otras no, con inclusiones y exclusiones dentro de las mismas o, en fin, con condiciones de participación distintas en función de los colectivos afectados. Ese trato dispar podría constituir una trasgresión del principio de no discriminación, situación que, en su caso, daría lugar a su reparación por parte de los órganos judiciales.

2º) Tal y como se señala en el citado artículo 29, las Administraciones Públicas “podrán” destinar cantidades dirigidas a financiar las aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos, no tratándose, en consecuencia de una obligación sino de una posibilidad.

3º) Esos planes de pensiones de empleo o contratos de seguro, siguiendo el criterio fijado por la disposición final 2ª del Real Decreto Legislativo 1/2002, deberán incluir la cobertura de la contingencia de jubilación, pero lógicamente podrán –y será lo más habitual- incluir otras de las contingencias previstas en el artículo 8.6 del citado Real Decreto Legislativo, tales como la incapacidad permanente total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para toda actividad y gran invalidez (determinadas conforme al régimen correspondiente de Seguridad Social), la viudedad, la orfandad y las prestaciones a favor de otros herederos o personas designadas.

4º) Las cantidades destinadas a financiar aportaciones a planes de pensiones o contratos de seguros tienen a todos los efectos la consideración de retribución diferida, referencia legal que resulta coherente con la inclusión que hace la Ley de Presupuestos Generales del Estado de tal cantidad dentro de las retribuciones a percibir por los empleados.

Sin embargo, a estos efectos cabe destacar que es necesario diferenciar dos aspectos: la aportación y la prestación complementaria una vez actualizada. Si bien la aportación tiene la consideración de retribución diferida, la prestación que se percibe podría considerarse mejora voluntaria ya

que su función consiste en complementar una prestación del sistema de Seguridad Social.

5º) Se está defendiendo que debería plantearse la conveniencia de dar carácter imperativo al plan de pensiones, ya que las entidades que en estos momentos no lo han constituido son precisamente aquellas que tienen unas condiciones de trabajo menos favorables en medios comparativos¹⁶⁴.

6º) Y, cabe relacionar lo señalado en los artículos 29 y 37.1.e) del EBEP, por cuanto dentro de la expresión “planes de Previsión Social Complementaria” cabe incluir la negociación de planes de pensiones y contratos de seguro, por lo que los mismos constituyen materia negociable, con los límites ya vistos, en el marco de las entidades locales.

En segundo lugar, plantea –y planteará– especiales problemas la interpretación que cabe realizar del citado artículo 37.1.e) del EBEP, es decir, si cabe realizar una interpretación restrictiva o más amplia.

La primera nos llevaría a entender que los “planes de previsión social complementaria” si bien serían materia negociable, como hemos visto, sólo abarcarían los, ya citados, planes de pensiones y contratos de seguro, en los términos de la disposición final 2ª del Real Decreto Legislativo 1/2002 y del artículo 29 del EBEP. Ello supondría que no hallarían base legal en este precepto otras figuras –presentes, como vimos páginas atrás, en la negociación colectiva vigentales como los complementos por IT, o las indemnizaciones en caso de incapacidad o fallecimiento o premios por jubilación no articulados a través de la fórmula de un plan de pensiones o contrato de seguro. E incluso partiendo de esta postura podría llegarse a afirmar que el EBEP ha procedido a una reordenación del sistema de mejoras, reconociéndolas en el marco de la normativa funcional, limitándolas a determinados tipos –jubilación, incapacidad, muerte y supervivencia en el sentido del artículo 8.6 del Real Decreto Legislativo 1/2002– y reconduciéndolas a las figuras del plan de pensiones y del contrato de seguro colectivo (se trataría de un fenómeno semejante al acaecido hace ya unos años en el marco de la negociación colectiva de mejoras en el sector privado como consecuencia de lo establecido en la disposición adicional 1ª de la Ley 8/1987).

Por el contrario, una interpretación más amplia del citado precepto nos llevaría también a incluir esas otras mejoras, lo que permitiría darles, por vez primera, una base legal más o menos suficiente.

Respecto a esta cuestión, cabe destacar que, hasta el momento, la doctrina se ha decantado claramente por la

164. ALDOMÀ BUIXADÉ, J., “Las retribuciones, en “El Estatuto Básico del Empleado Público. Propuestas de desarrollo legislativo por parte de las comunidades autónomas”, Cemical, Diputación de Barcelona, 2008, pág. 63.

primera de esas opciones, identificando los planes de previsión social complementaria con los mencionados planes de pensiones y contratos de seguro¹⁶⁵. En algún caso se apunta como fundamento lo establecido en la disposición adicional 4ª de la Ley 11/1960, según la cual “las Corporaciones Locales no podrán en lo sucesivo conceder aportaciones, subvenciones o ayudas de cualquier género para fines de previsión de sus funcionarios” y que “serán nulos los créditos que se concedan con infracción de este precepto..”. Ello ha llevado a afirmar¹⁶⁶ que, sobre la base del EBEP y de la doctrina de los Tribunales anterior al mismo, no pueden pactarse ni establecerse prestaciones paralelas y complementarias de las del régimen público de la Seguridad Social que supongan cargas presupuestarias, tales como beneficios económicos en los casos de gastos sanitarios no cubiertos por la Seguridad Social, complementos de los subsidios por IT, premios por jubilación, premios por jubilación voluntaria o indemnizaciones por incapacidad permanente, ni comprometerse a concertar y pagar una póliza de seguro en beneficio de los funcionarios, o a constituir un fondo para conseguir importes mínimos por jubilación y viudedad u orfandad¹⁶⁷. Cabe tener presente, no obstante, que para algún autor, la citada disposición 4ª de la Ley 11/1960, debe considerarse derogada tras el EBEP¹⁶⁸.

En la misma línea cabe citar el hecho de que la propia disposición final 2ª del Real Decreto Legislativo 1/2002 tenga como título el de “previsión social complementaria del personal al servicio de administraciones, entidades y empresas públicas”, identificando dicha previsión social complementaria con los planes de pensiones y contratos de seguro.

Y, en tercer lugar, en este ámbito va a tener una gran trascendencia, tal y como ya ocurrió con anterioridad al EBEP, la posición que adopten los Tribunales, esto es, cuál sea la interpretación que hagan estos en torno a la consideración como materia negociable de los planes de previsión social complementaria. No obstante, teniendo en cuenta que el EBEP podía haber hecho una referencia expresa a las mejoras que no consisten en planes de pensiones o contratos de seguro colectivos así como la posición tan restrictiva –vista en un apartado anterior– mantenida antes de la entrada en vigor del EBEP, cabe augurar que los Tribunales muy probablemente van a seguir manteniendo una posición hostil respecto a las citadas mejoras.

D. Medidas cuyo objetivo es proteger a los funcionarios públicos frente a determinados riesgos o situaciones de

165. ROQUETA BUJ, R., “El derecho de..”, ob.cit. págs. 363-364; MAURI MAJÓS, J., “L’objecte de la negociació..”, ob.cit. pág. 60.

166. ROQUETA BUJ, R., “El derecho de..”, ob.cit. págs. 363-364.

167. ROQUETA BUJ, R., “El derecho de..”, ob.cit. págs. 363-365.

168. MAURI MAJÓS, “.. 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 estableix 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.”, en “L’objecte..”, ob.cit. pág. 60.

necesidad no previstas por el sistema de Seguridad Social: Las medidas de acción social.

Con carácter previo, cabe definir las medidas de acción social como aquellas ayudas económicas o complementos que otorga la Administración Pública –de forma unilateral o a través de la negociación colectiva– que, sin estar vinculadas a prestaciones del sistema de Seguridad Social, pretenden otorgar un beneficio a los empleados públicos; persiguiéndose con su pago objetivos tan diversos como, entre otros, la compensación de ciertos gastos, el aportar unos ingresos extra ante determinadas necesidades, urgentes o no, que no pueden cubrirse con la correspondiente retribución, proteger situaciones de necesidad no previstas por el sistema de Seguridad Social o proteger a los empleados frente a posibles responsabilidades o ante un incremento de gastos.

Se trata, tal y como ha señalado la doctrina, de beneficios accesorios de naturaleza no retributiva que tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades personales de los empleados públicos, de manera que puedan trabajar más eficazmente en la estructura administrativa correspondiente o sentirse más integrados¹⁶⁹.

Es más, al no tener carácter de retribución –tal y como reconocen los propios Tribunales, como vimos páginas atrás– las medidas de acción social no están sujetas a los límites de los incrementos de gastos de personal recogidos en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado¹⁷⁰. En opinión de la doctrina¹⁷¹, estas medidas no tienen el carácter de retribuciones distintas de las previstas en los artículos 21 y siguientes del EBEP ni de prestaciones complementarias de las del régimen público de la Seguridad Social y, por consiguiente, no entrañan vulneración del artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986. Las mismas constituyen ayudas incluidas dentro de la política social de las Administraciones Públicas con sus empleados, que, al margen de la actuación de la correspondiente CC.AA. al legislar sobre la materia, encuentran su fundamento último en el artículo 67.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según el cual “el Estado facilitará a sus funcionarios adecuada asistencia social, fomentando la construcción de viviendas, residencias de verano, instalaciones deportivas, instituciones educativas, sociales, cooperativas y recreativas y cuanto contribuya al mejoramiento de su nivel de vida, condiciones de trabajo y formación profesional y social”¹⁷².

En estos casos, la norma básica a aplicar va a ser, muchas veces, el convenio colectivo del personal laboral o el acuer-

169. MAURI MAJÓS, J., “L'objecte..”, ob.cit. pág. 60, quien añade: “... en aquesta direcció, els acords de condicions de treball dels funcionaris públics reconeixen tradicionalment un seguit de prestacions social 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..”.

170. MAURI MAJÓS, J., “L'objecte..”, ob.cit. pág. 60.

171. ROQUETA BUI, R., “El derecho de..”, ob.cit. págs. 365-366.

172. Vid, asimismo, disposición adicional 11ª de la Ley 30/1984, y artículo 31 del Real Decreto Legislativo 4/2000, de 23 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado. Cabe tener en cuenta, no obstante, que según los Tribunales los préstamos a fondo perdido o a bajo interés previstos en la negociación colectiva, salvo que se pruebe el fin social de su destino, vulneran el artículo 153 del Real Decreto Legislativo 781/1986, en cuanto a la prohibición para los funcionarios locales de participar en la distribución de fondos de ninguna clase ni recibir remuneraciones distintas a las comprendidas en la Ley.

do de funcionarios donde se establece una medida de estas características. Como ejemplos de este tipo de ayudas cabe citar, tal y como vimos en un apartado anterior, los anticipos, los préstamos, las ayudas para familiares discapacitados, las ayudas por estudios, los premios por nupcialidad o nacimiento o adopción de hijos, acceso a instalaciones municipales, etc.

Es en este ámbito donde cabe situar lo previsto en el artículo 37.1.i) del EBEP, donde se recoge como materia negociable los “criterios generales de acción social”. Sorprende, no obstante, esa referencia a los “criterios generales” si tenemos en cuenta la interpretación que hemos hecho de esa referencia al referirnos a lo previsto en el artículo 37.1.g) del EBEP. A nuestro entender, la negociación colectiva funcional desarrollada en el marco de una entidad local puede precisar no sólo los criterios generales de sus medidas de acción social sino también concretarlas en todo aquello que estime conveniente.

Finalmente, en este ámbito también se está poniendo de manifiesto la conveniencia de que las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP fijen algún criterio sobre la aplicación de este tipo de medidas, con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica¹⁷³.

E. ¿Las medidas de política social constituyen una “materia o condición de trabajo común” ?.

Como un nuevo ejemplo de los interrogantes que deja pendientes el EBEP cabe preguntarse si las medidas negociables vinculadas con la política social que puede desarrollar una entidad local pueden considerarse una materia y condición de trabajo común al personal funcionario y laboral, pudiéndose negociar, en consecuencia y conforme a lo previsto en el artículo 36.3 del EBEP, en la correspondiente Mesa General de Negociación¹⁷⁴.

En esta cuestión ya han surgido posiciones contrarias en la doctrina, una de ellas con un fundamento más administrativista y otra más vinculada a la normativa laboral.

De este modo, para Mauri Majós¹⁷⁵, si bien se podría hacer una interpretación extensiva del concepto materias comunes y procurar una ampliación de la materia objeto de negociación, este planteamiento se encontrará siempre con dos dificultades: a) la posible existencia de legitimaciones diferentes para constituir y acordar los diferentes instrumentos convencionales en las diferentes instancias de negociación; y, b) el mismo ámbito material que puede ser objeto de negociación para los diferentes tipos de personal,

173. ALDOMÀ BUIXADÉ, J., “Las retribuciones”, ob.cit. pág. 63.

174. Respecto de la que el citado precepto también señala que: “Son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Además, también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate”.

175. “L’objecte..”, ob.cit. págs. 51-52.

dado que la negociación de los funcionarios públicos está determinada legalmente sobre la base de cláusulas relativamente cerradas que comportan una limitación real de las materias que pueden ser objeto de negociación y que a priori no resulta coincidente con las materias objeto de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo del personal laboral al servicio de una Administración Pública. Concluyendo que, puede gustar más o menos, ser más o menos funcional, pero el ámbito material de negociación conjunta se ha de limitar a la regulación común, sin abarcar, en consecuencia, todos los posibles ámbitos materiales que tienen que ser objeto de negociación. Con ello y junto con otras materias, la previsión social complementaria quedaría excluida de la consideración como “materia común” a los efectos que nos ocupan.

Por el contrario, una posición mucho más amplia defiende Alfonso Mellado, quien incluye los sistemas complementarios de protección social dentro de las materias negociables conjuntamente, siempre que exista la voluntad para ello, por cuanto parte de la posibilidad general de negociación conjunta y de que sólo excepcionalmente y, en algún aspecto muy concreto, esa posibilidad puede quedar vedada¹⁷⁶. Añadiendo a ello que aunque la negociación conjunta sea posible, eso no obliga necesariamente a que la negociación se produzca, ya que han de ser las partes de la mesa las que lleguen a un acuerdo para determinar las materias que serán objeto de regulación conjunta y las que se dejan pendientes para ser negociadas en las mesas diferenciadas, entre las que se encontrarán, sin duda, todas aquellas en las que no haya consenso para abordarlas conjuntamente.

A nuestro entender, si bien desde una perspectiva material cabría considerar la previsión social complementaria como una materia susceptible de negociación conjunta, por desgracia, ésta cuestión junto con otras que hemos ido examinando, deberá ser resuelta, esperemos que pronto, por los Tribunales.

4. Conclusiones

En este ámbito cabe realizar varias reflexiones:

1º) Tal y como hemos afirmado, si bien el EBEP atribuye una mayor presencia a las políticas sociales, consolidándolas respecto de la situación presente en la LORAP, por desgracia no define con claridad sus contenidos y fronteras, lo que promete una necesaria intervención por parte de los

176. A estos efectos, señala que: “... es podría 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.”, en ALFONSO MELLADO, C.L., “Taules i subjectes negociadors després de l'Estatut Basic (Especial referència a les administracions locals)”, Federació de Municipis de Catalunya, pág. 25.

Tribunales.

2º) La reciente negociación colectiva no parece haberse visto afectada, ni en un sentido ni en otro, por la aprobación del EBEP, ya que sigue siendo muy frecuente la presencia de mejoras voluntarias y de medidas de acción social tanto en los convenios colectivos del personal laboral como en los acuerdos de funcionarios.

3º) Antes de la aprobación del EBEP los Tribunales mantenían una postura muy restrictiva en relación con la posibilidad de negociar colectivamente mejoras voluntarias, si bien admitían la validez de la negociación en el marco de las medidas de acción social, al considerar que éstas no tenían el carácter de retribución. No obstante, como vimos, los argumentos judiciales en torno a una y otra materia no despejaban todas las dudas y, en algunos casos, se utilizaban argumentos contradictorios entre sí.

Asimismo, en la posición de los Tribunales se vislumbra una cierta confusión respecto de la normativa aplicable en cada caso y en relación con la naturaleza de las medidas recogidas en los convenios o acuerdos.

4º) Existe una cierta reticencia, especialmente por parte de los Tribunales, a recurrir a una visión de conjunto en el momento de aplicar la normativa existente en esta materia, limitándose únicamente, en muchas ocasiones, a lo que podríamos calificar como la visión “funcionarial” de la materia, olvidando otra visión también claramente presente que es la correspondiente a la Seguridad Social en el caso de las mejoras voluntarias. Por poner un ejemplo: cuando se trata la cuestión de los complementos por IT los Tribunales suelen quedarse en el marco funcionarial –viendo el tema desde la perspectiva de las licencias- olvidando que el complemento previsto no es una licencia sino una mejora voluntaria vinculada a una licencia y, en consecuencia, se rige no por el derecho de la función pública sino por la normativa de Seguridad Social (a estos efectos cabe recordar simplemente lo previsto en el artículo 149.1.17 de la Constitución).

5º) Y, a nuestro entender, complica en gran medida el debate sobre esta cuestión el hecho de que no esté clara la naturaleza jurídica de las medidas previstas. Esto es, como hemos visto, los Tribunales son partidarios de considerar que las medidas de acción social no son retribuciones y, en consecuencia, son negociables.

En cambio, en el caso de las mejoras voluntarias las califican como retribuciones, pero ¿lo son realmente?. Entremos brevemente en esta última cuestión, poniendo

de relieve algunas consideraciones generales:

- Como hemos visto, los Tribunales han considerado tradicionalmente a las mejoras voluntarias como retribución, prohibiendo su negociación colectiva en el sector público; sin embargo, como también vimos, los argumentos en los que se han fundamentado son bastante escasos y muy reiterativos.

- Cabe tener presente que es posible que en la consideración como retribución haya influido la normativa fiscal¹⁷⁷, que con un criterio muy amplio califica como “rendimiento del trabajo” (con una concepción que no podemos –ni debemos– trasladar ni al ámbito funcional ni al laboral de forma automática) “todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas”, incluyendo elementos como: las pensiones y haberes pasivos percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situaciones de incapacidad, jubilación, accidente, etc., prestaciones percibidas por los beneficiarios de mutualidades generales obligatorias de funcionarios, prestaciones derivadas de planes de pensiones, contratos de seguros, planes de previsión social empresarial, seguros de dependencia, etc.

- Podría afirmarse que todo lo anterior se debe, en definitiva, a que se considera a las mejoras “una contraprestación económica por la prestación profesional del funcionario”, pero el EBEP no se refiere a las mismas en su artículo 21 y siguientes, salvo que, entendamos, nuevamente, que se encuentran reflejadas únicamente en lo previsto en el artículo 29 y que constituyen una “retribución diferida”, lo que supondría dejar en un callejón sin salida a figuras tan frecuentes y queridas como el complemento por IT.

177. Artículo 17 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la renta de no residentes y sobre el patrimonio.

3

los derechos colectivos en el ámbito de la policía local: libertad sindical, huelga y negociación colectiva

Javier Barcelona Llop
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

1. Introducción

En España existen cuerpos de policía en tres niveles territoriales distintos, estatal, autonómico y municipal¹⁷⁸. Aun habría que añadir el escalón supramunicipal previsto en la Disposición Adicional 5.ª de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS), introducida por la Ley Orgánica 16/2007, de 13 de diciembre¹⁷⁹; pero como desconocemos la vida práctica que aguarda a la posibilidad prevista en dicha norma, conformémonos con señalar la indiscutible existencia de los primeros, que se traduce en dos cuerpos estatales (uno civil y otro militar), tres cuerpos autonómicos en funcionamiento (Mossos d'Esquadra, Ertzaintza y Policía Foral de Navarra), otros dos formalmente creados ya (Canarias y Galicia) y en, aproximadamente, unos 1.900 cuerpos municipales de muy diversa hechura en lo concerniente a los medios personales y materiales y a la formación de sus integrantes.

El artículo 4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP) precisa que sus disposiciones sólo se aplicarán directamente al personal de las fuerzas y cuerpos de seguridad cuando así lo disponga su legislación específica; sin embargo, la norma incorpora una destacada excepción a dicho criterio pues, según el artículo 3.2, “[l]os Cuerpos de Policía Local se rigen también por este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, excepto en lo establecido para ellos” en la LOFCS. Se observa, en consecuencia, un acusado contraste entre las fuentes normativas reguladoras del régimen estatutario de los funcionarios de policía local y las que disciplinan el de los demás funcionarios de policía que, al igual que aquellos, integran cuerpos de naturaleza civil.

¿Por qué motivo el EBEP establece la mencionada diferencia? A la vista del *Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público* (en lo sucesivo, el *Informe de la Comisión*) parece que la razón hay que buscarla en que la legislación aplicable a las policías locales regula sólo muy parcialmente el régimen funcional de sus miembros.

Entiendo, con todo, que es posible avanzar una razón adicional. En algún aspecto ciertamente importante, el estatuto de los policías locales se aproxima y aun se asemeja al de los funcionarios civiles no policiales. La LOFCS considera que los locales son verdaderos cuerpos de policía y, de hecho, su exposición de motivos afirma que “se atribuyen a las policías locales las funciones naturales y

178. Conviene señalar que, sin perjuicio de lo que se menciona de inmediato, la expresión policías locales, que es la habitualmente utilizada (incluso por el legislador), no responde exactamente a la realidad de las cosas. La legislación estatal (que forma parte del bloque de la constitucionalidad según firme doctrina del Tribunal Constitucional) ha optado por, insisto en que con la salvedad que ahora se señalará, identificar policía local con policía municipal a pesar de que, como se sabe, lo local no se reduce a lo municipal; el municipio es, sin duda, la entidad local más destacada, pero hay otras (por citar únicamente la previstas en la Ley de Bases del Régimen Local, provincias, comarcas, áreas metropolitanas, mancomunidades, entidades locales de ámbito territorial inferior al municipio).

179. Me permito recordar que dicha Disposición Adicional señala lo siguiente. “En los supuestos en los que dos o más municipios limítrofes, pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma, no dispongan separadamente de recursos suficientes para la prestación de los servicios de policía local, podrán asociarse para la ejecución de las funciones asignadas a dichas policías en esta Ley. En todo caso, el acuerdo de colaboración para la prestación de los servicios por los Cuerpos de Policía Local dependientes de los respectivos municipios respetará las condiciones que se determinen por el Ministerio del Interior y contará con la autorización de éste o, en su caso, de la Comunidad Autónoma correspondiente con arreglo a lo que disponga su respectivo Estatuto de Autonomía”.

constitutivas de toda policía” [IV, d)]; sin embargo, las contempla desde una perspectiva particular, al menos en relación con un aspecto fundamental, cual es el del ejercicio de los derechos de libertad sindical. Sobre este punto volveré más adelante, ahora quisiera indicar únicamente que, ya en la propia legislación policial estatal, las policías locales presentan algún elemento diferencial de importancia y quizá indicativo de que en el paisaje general aquellas ocupan una posición particular que ha podido justificar su mención autónoma en el EBEP de la forma que ha quedado señalada. Sea como fuere, dicha mención acredita que tal posición particular ha salido reforzada; desde una perspectiva de conjunto, el estatuto de las policías locales se parece bastante al de los demás funcionarios al servicio de la Administración local, siquiera sea preciso mencionar ya en este momento que no cabe pasar por alto que la índole de las funciones asignadas a los primeros reclama ciertas *especialidades* cuya pertinencia debemos reconocer y asumir con toda normalidad en términos institucionales.

Puesto que hemos de detenernos en el tema de los derechos colectivos en el ámbito de la policía local, importa precisar que la remisión que hace el artículo 3.2 EBEP a la legislación autonómica y a la LOFCS debe ser relativizada. La citada Ley Orgánica bien poco dice sobre la materia salvo la referencia que se acaba de comentar y, como es sabido, la prohibición del derecho de huelga. En cuanto a las leyes autonómicas, hay que tener en cuenta que hablamos de derechos de los funcionarios, por lo que la competencia exclusiva del Estado para regular las bases del régimen jurídico de los mismos es clara en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.18 de la Constitución, bases que son justamente las que contiene el Estatuto. Las Comunidades Autónomas podrán legislar sobre la materia exactamente en los mismos términos en que puedan hacerlo a propósito de los derechos colectivos de los funcionarios autonómicos o locales, pero nada más. Señalo esto para indicar que la competencia autonómica en materia de coordinación de las policías locales (*ordenación*, en la terminología del vigente Estatuto de Cataluña) no es título que habilite para desconocer lo dispuesto en la norma estatal básica sobre función pública.

En cuanto a los derechos colectivos en los que hemos de detenernos, recordemos que el artículo 15 EBEP enumera los siguientes: libertad sindical, negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo,

huelga con garantía del mantenimiento de los servicios esenciales, planteamiento de conflictos colectivos de trabajo y reunión. Todos son importantes, sin duda, pero quizá los tres primeros sean los más interesantes desde el punto de vista del análisis jurídico. Me referiré, pues, a ellos, aunque con una referencia sucinta al derecho de reunión, referencia de orden más bien instrumental como se verá, y alterando el orden de la enumeración legal.

Concluyo estas líneas introductorias señalando dos puntos de índole diferente.

Primero. En España existen unos 1.900 cuerpos de policía municipal, cifra que considero muy elevada por razones que no voy a comentar ahora pues no quisiera hacer incursiones que distraigan del camino principal. Pero que haya tantos cuerpos de policía local no obsta a que en la mayoría de municipios españoles, que son algo más de 8.100, no exista cuerpo de policía local; ello determina que la legislación contemple que otros agentes desempeñen funciones de custodia y vigilancia de bienes e instalaciones públicas, que deben ser funcionarios; pero estos funcionarios no son policías, de ahí que el régimen de sus derechos colectivos sea el general¹⁸⁰. Por la misma razón (no son policías), los con frecuencia llamados *agentes de movilidad* disfrutan de sus derechos colectivos en los mismos términos que el resto de los funcionarios civiles; es cierto que realizan funciones que, tradicionalmente, han correspondido a la policía local y que incluso pueden considerarse clásicas dentro de las de la policía¹⁸¹ pero, al estar al margen de las fuerzas y cuerpos de seguridad, las eventuales singularidades que podamos identificar no les afectan¹⁸².

Segundo. El fenómeno de la penetración en el ámbito de la función pública de criterios y principios cuyo nicho originario se encuentra en el mundo de las relaciones laborales es bien conocido; entre las razones que se aducen para explicarlo se encuentra la convivencia real y efectiva en el empleo público de los colectivos funcionarial y laboral, así como que en ocasiones las tareas que realizan funcionarios y laborales son tan parecidas que no hay razón que justifique que el régimen jurídico del personal sea muy diferente. Aunque ni entro en aquel fenómeno ni en las justificaciones que se dan del mismo, debo señalar que, a mi juicio, ninguna de las mismas puede esgrimirse para *laboralizar* más allá de lo estrictamente indispensable el régimen de la función pública policial. Hemos de ser conscientes de que hablamos de funcionarios cuyos cometidos legales les confieren una acusada singularidad que necesariamente ha de

180. La condición de funcionarios de dichos agentes (auxiliares, alguaciles, vigilantes...) es obligada. Lo era antes del EBEP en atención a lo dispuesto en el derogado artículo 92 LRBRLL, y lo sigue siendo después a la vista del tenor de la Disposición Adicional Segunda de aquel. Es notorio que la vigilancia y custodia de los bienes e instalaciones públicas presupone ejercicio de autoridad; que no pocas leyes autonómicas de coordinación de las policías locales asignen a dichos individuos la condición de agentes de la autoridad no es sino la confirmación jurídica-positiva de una evidencia conceptual.

181. Que el control del tráfico rodado es una función clásica de la policía de seguridad podría argumentarse doctrinalmente. Bástenos, sin embargo, con una referencia legislativa. En virtud de la Ley Orgánica 6/1997, de 15 de diciembre, se transfieren a la Comunidad Autónoma de Cataluña competencias ejecutivas en materia de tráfico y circulación de vehículos a motor. La exposición de motivos de la norma subraya precisamente tal circunstancia y hace de ella la justificación de la transferencia:

“La susceptibilidad de la transferencia de las facultades de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico se explica con facilidad en el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña. En efecto, en la organización administrativa estatal la ordenación del tráfico y la protección del orden público y de la seguridad ciudadana han estado tradicionalmente reunidas en el mismo Departamento ministerial y encomendadas a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

- Pues bien, hay que recordar, en este sentido, que el propio

reflejarse en su régimen estatutario. Entiendo que esta perspectiva, la de las funciones de las fuerzas de policía en general y de las policías locales en particular, no debe abandonarse nunca; de ahí que vuelva sobre ella en más de una ocasión a lo largo de las páginas siguientes.

2. Libertad sindical

Los textos internacionales parten inequívocamente de que los funcionarios de policía deben disfrutar del derecho a la libertad sindical, sin perjuicio de la posibilidad de introducir ciertas restricciones cuyo alcance corresponde fijar a los respectivos ordenamientos nacionales de conformidad con sus propios sistemas de fuentes del Derecho. Son así muy claros los artículos 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸³ y 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹⁸⁴, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en Nueva York el 16 de diciembre de 1966.

En nuestro ámbito regional, el artículo 5 de la Parte II de la Carta Social Europea, aprobada por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961 y revisada en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996¹⁸⁵, acepta que las leyes nacionales determinen la medida en que las garantías de la libertad sindical que el precepto establece se aplican a la policía¹⁸⁶, habiendo indicado el Comité Europeo de Derechos Sociales que de la norma y de sus trabajos preparatorios se deduce que si se permite que los Estados limiten la libertad sindical de los policías, aquellos no están autorizados para privar a éstos de la totalidad de garantías que dicha libertad protege; los funcionarios de policía, dice el Comité, deben beneficiarse de los *privilegios sindicales* esenciales, como el derecho a negociar sus salarios y condiciones de trabajo y la libertad de reunión. Ideas parecidas figuran en otros textos que son de importancia jurídica menor en la medida en que constituyen *soft law* y carecen de fuerza obligatoria, dicho sea ello sin perjuicio de su elevado valor simbólico, de su prestigio y de su potencial capacidad de influencia sobre los ordenamientos jurídicos nacionales¹⁸⁷.

En nuestro Derecho, el precepto de cabecera es el artículo 28.1 de la Constitución que, por un lado, permite al legislador *limitar o exceptuar* el ejercicio del derecho de sindicación a las fuerzas o institutos armados y a los cuerpos sometidos a disciplina militar, y, por otro, le emplaza a regular las peculiaridades del ejercicio del derecho por los fun-

artículo 13 del Estatuto autoriza a la Generalidad de Cataluña a crear una policía autónoma, a la que corresponden, entre otras funciones, la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público.

- En desarrollo de dicha previsión estatutaria, y en el marco de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, el Parlamento de Cataluña creó y reguló la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra.

- De lo expuesto se deduce que la Comunidad Autónoma de Cataluña cuenta, por atribución estatutaria, con una competencia en materia de seguridad ciudadana, que la tradición administrativa vincula a la de tráfico, y dispone además de una policía autonómica que constituye la infraestructura indispensable para el ejercicio de las funciones de ejecución de la legislación del Estado en materia de tráfico y circulación de vehículos que son el objeto de la presente Ley Orgánica de transferencia”.

182. Recuerdo que la figura de los agentes de movilidad, así llamados o de otra manera, trae causa del apartado 3 del artículo 53 LOFCS, añadido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre. El párrafo primero de dicho apartado dice lo siguiente: “[e]n los municipios de gran población podrán crearse, por el Pleno de la Corporación, Cuerpos de funcionarios para el ejercicio exclusivo de las funciones previstas en el párrafo b) del apartado 1 [ordenar, señalar y dirigir el tráfico en el casco urbano, de acuerdo con las normas de circulación]. Dichos funcionarios no se integrarán en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en el ejercicio de esas funciones tendrán la consideración de agentes de la

autoridad, subordinados a los miembros de los respectivos Cuerpos de Policía Local". El precepto concluye afirmando que los funcionarios integrantes de los cuerpos referidos se regirán por las normas generales de la función pública.

183. "1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses. 2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de tal derecho cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía".

184. El precepto señala que los Estados partes se comprometen a garantizar los derechos de fundación y afiliación sindical, de federación y confederación de las organizaciones sindicales, de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las previstas en la ley, amén de justificadas, así como el derecho de huelga. Y añade, "[e]l presente artículo no impedirá someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado".

185. La revisión no afecta al enunciado del artículo 5, que sigue diciendo lo mismo que en el texto de 1961.

186. El artículo citado precisa que el derecho de todos los trabajadores a asociarse libre-

mente a organizaciones nacionales o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales no obsta a que la legislación nacional determine la medida en la que dicho derecho se aplica en el sector de la policía.

187. La Declaración sobre la Policía, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979, establece que los funcionarios de policía deben poder constituir organizaciones profesionales, afiliarse a ellas y participar activamente en las mismas, sin perjuicio de que puedan jugar un papel activo en otras organizaciones. Dichas organizaciones profesionales, siempre que sean representativas, deben poder intervenir en negociaciones relativas al estatuto profesional de los funcionarios de policía, ser consultadas sobre la gestión de los cuerpos de policía e intervenir en toda acción judicial para el provecho de un funcionario de policía o de un grupo de funcionarios de policía. Cabe recordar igualmente que el Código Europeo de Ética de la Policía, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 19 de septiembre de 2001, precisa que los funcionarios de policía deben beneficiarse del derecho sindical o de participar en instancias representativas. La interpretación oficial del texto precisa que, sin pretender ir más lejos de lo dispuesto en la Carta Social Europea, la libertad sindical de los policías puede limitarse, aunque sin prohibir la creación de órganos representativos propios, y admite que, como sucede en determinados Estados, se prevea la existencia de organizaciones compuestas únicamente por policías.

cionarios públicos, peculiaridades éstas igualmente aludidas en el artículo 103.3 de la propia Constitución.

Nótese, en primer lugar, que el artículo 28.1 confiere al legislador la posibilidad de limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación a las fuerzas e institutos armados y a los cuerpos sometidos a disciplina militar¹⁸⁸, pero no contiene al respecto un mandato imperativo, a diferencia del criterio mucho más riguroso adoptado para los jueces, magistrados y fiscales en activo, a los que el artículo 127.1 de la Constitución priva directamente de la libertad sindical. Y, en segundo lugar, que la operación consistente en regular las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación por los funcionarios es, para el legislador, de obligado cumplimiento.

Centrándonos en las policías locales, los derechos sindicales de sus miembros son los mismos que los de los demás funcionarios civiles de régimen común, conclusión incontestable a la que se llega merced a una especie de carambola jurídica. Por lo pronto, la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (en adelante, LOLS) mantuvo al respecto un discreto silencio, remitiéndose a la legislación policial específica (artículo 1.5). Unos nueve meses después, fue aprobada la LOFCS, cuyo artículo 52.2 dice lo siguiente:

“[p]or lo que respecta al ejercicio de los derechos sindicales y en atención a la especificidad de las funciones de dichos Cuerpos [de policía local], les será de aplicación la Ley que se dicte en cumplimiento de lo establecido en la disposición adicional segunda, apartado 2, de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical”.

Del precepto transcrito me ha llamado siempre la atención el inciso *en atención a la especificidad de sus funciones*, que sugiere bastante acerca de la concepción última que el legislador estatal tenía (y formalmente sigue teniendo) de las policías locales, pero ahora sólo quiero dejar constancia del resultado al que ha conducido la referida remisión legal. La Ley, inexistente a la sazón, a la que el artículo 52.2 LOFCS reenvía resultó ser la 9/1987, de 12 de junio, hoy derogada por el EBEP aunque en parte superviviente de forma transitoria. Esta Ley, modificada en 1990, 1994 y 2006, regulaba los temas relacionados con los órganos de representación, la determinación de las condiciones de trabajo y la participación de los funcionarios, y, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 52.2 LOFCS, se dijo aplicable a los cuerpos de policía local (no así a los demás cuerpos de policía), aplicación que trajo consigo la de la LOLS pues tal era la norma reguladora de los derechos sindicales de los funcio-

188. Cuáles sean unos u otros, es extremo que la ley debe aclarar, que dispone en este punto de un cierto margen de maniobra aunque no ilimitado (recuérdese el principio de interdicción de la arbitrariedad del legislador, deducible del inciso final del artículo 9.3 de la Constitución). Como es sabido, la LOFCS califica a todos los cuerpos policiales de institutos armados, aunque sólo sujeta a uno a la disciplina militar (la Guardia Civil) y afirma la naturaleza civil de todos los demás.

narios concernidos por la Ley 9/1987. Por tal motivo, el diseño jurídico de los derechos sindicales de los policías locales no ha diferido formalmente del de los demás funcionarios civiles de régimen común, excepción hecha de lo relativo al derecho de huelga, que la LOLS considera comprendido en la libertad sindical. Por lo indicado al principio, la situación no ha sido modificada por el EBEP, directamente aplicable al ámbito de la policía local a salvo de lo que pueda deducirse de la LOFCS.

En consecuencia, de los datos normativos se infiere que la libertad sindical en el ámbito de la policía local comprende todos los elementos enumerados en el artículo 2 LOLS, salvo lo relativo al derecho de huelga. Como complemento lógico de ello, cualesquiera contenidos adicionales de la libertad sindical de los funcionarios que el Tribunal Constitucional pueda llegar a identificar adquieren igualmente carta de naturaleza en el sector de la policía local. Veamos un ejemplo muy destacado¹⁸⁹.

El Tribunal Constitucional considera aplicable a las relaciones de empleo público las reglas especiales sobre distribución de la carga de la prueba en los litigios que versan sobre comportamientos que, a juicio de la parte actora, obedecen a actitudes antisindicales¹⁹⁰. El tema está contemplado positivamente en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral que, con toda evidencia, no es aplicable en el ámbito de la función pública ni en el orden contencioso-administrativo¹⁹¹, pero el Tribunal Constitucional extiende el criterio de fondo a las relaciones de trabajo en el ámbito de la Administración pública, aun no existiendo un tratamiento normativo del mismo¹⁹². La Sentencia 17/2005 es buena muestra de ello; pero más interesante es para nosotros la 85/1995, de 6 de junio, que hace lo mismo, y sin matices aparentes, al campo del Cuerpo Nacional de Policía. En el proceso de amparo resuelto por esta Sentencia, el Ministerio Fiscal sostuvo que era necesario modular la aplicación de la regla a las relaciones funcionariales y, en particular, a la función policial, en atención a las especiales características de la misma; el Tribunal Constitucional, sin embargo, no fue de la misma opinión. Como es lógico, lo mismo es predicable de las policías locales.

No podemos detenernos aquí en los pormenores de esa suerte de inversión de la carga probatoria en los procesos que traen causa en una pretendida vulneración de la libertad sindical derivada de conductas antisindicales pero externamente conformes a Derecho. Bástenos con señalar que requiere que se presente una queja por discriminación

189. Aun en nota a pie de página, no quiero dejar de mencionar que otro ejemplo representativo de que la libertad sindical en el ámbito de la policía local no difiere sustancialmente del canon general es el relativo a la legitimación procesal de los sindicatos para la impugnación en vía contencioso-administrativa de las decisiones municipales que afectan a estos cuerpos. Por no alargar en demasía el texto, me remito a las Sentencias del Tribunal Constitucional 7/2001, de 15 de enero, y 28/2005, de 14 de febrero.

190. Me permito recordar que el argumento de fondo parte de la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar una lesión constitucional encubierta tras un acto empresarial de aparente legalidad, motivo por el que se admite la prueba indiciaria y recae sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales extrañas a la pretendida vulneración de los derechos fundamentales. Se trata, en palabras del Tribunal Constitucional, "de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales" y de que "existe un principio de prueba o apariencia verosímil de la vulneración de derechos fundamentales, aquí de la libertad sindical, incumbe al empresario la carga probatoria encaminada a demostrar que su actuación resulta por completo ajena a todo propósito de discriminación sindical, como único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios" (por todas, Sentencia 17/2005, de 1 de febrero).

191. Según dicho precepto, “[e]n el acto del juicio, una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

192. Como en cambio si lo tiene en los procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamentan en actuaciones discriminatorias por razón del sexo (artículo 60.7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa); esta norma fue introducida en la Ley Jurisdiccional por la Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres. Aun sin modificación formal de la LICA, un criterio parecido rige en las demandas relacionadas con actos discriminatorios en virtud de la raza o el origen étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual (artículos 32 y 36 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre). Según el primero de tales preceptos, “[e]n aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico de las personas, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”. Conforme al artículo 36 de la Ley 62/2003, “[e]n aquellos procesos del orden jurisdiccional civil y del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indi-

cios fundados de discriminación por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de las personas respecto de las materias incluidas en el ámbito de aplicación de esta sección, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”.

193. Así, en caso de remoción de un puesto ocupado en virtud de libre designación, la Administración debe aportar la prueba necesaria acerca de que la medida tuvo como finalidad exclusiva la reorganización del servicio y no estuvo inspirada por móviles antisindicales. Por tal motivo, la STC 17/1996, de 7 de febrero, estima el recurso de amparo interpuesto por un policía nacional que fue cesado de un puesto de aquella clase después de acceder al cargo de vicepresidente y asesor jurídico regional de un sindicato profesional.

194. Y así, por ejemplo, siendo cierto que la jurisprudencia ha establecido la presunción del uso adecuado del crédito horario sindical, no es aceptable que se utilice para recorrer el Camino de Santiago. Una cosa es que sobre la Administración recaiga la carga de acreditar el uso indebido de tales horas, y otra completamente distinta que, una vez acreditado, el funcionario pretenda defenderse con eficacia aduciendo que realizó la actividad en su calidad de representante sindical y que le protege la presunción de inocencia (pues fue sancionado). Véase la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de diciembre de 2002 (JUR 2004/17460). Leemos en ella que “[e]s cierto que la recon-

sancionador impone el sometimiento a los principios que rigen en este campo, y, por tanto, será el empleador —en este caso la Administración— la que deba acreditar un mal uso de unas horas sindicales que se presumen empleadas en actividades representativas. Ahora bien, en el supuesto que se analiza, el expediente disciplinario acumula en su seno un material probatorio que, valorado en su conjunto, ha permitido considerar acreditado ese uso no adecuado de la disponibilidad horaria destinada a funciones representativas, dado que no existe acuerdo sindical alguno asumiendo como actividad propia la realización del Camino de Santiago por parte de un colectivo personal, entre el que figuraban mayoritariamente Bomberos y Policías Locales; por contrario, se trata de un acto financiado por entidades comerciales y aunque el hecho de la coincidencia con compañeros del cuerpo policial determina la realización de contactos y conversaciones relacionados con los intereses profesionales comunes, sin embargo, de tales actuaciones aisladas y esporádicas no cabe concluir que la finalidad de la actividad fuera de índole sindical, cuando no responde a una convocatoria explícita, planificada y coordinada con tal objetivo, con independencia de se haya podido utilizar ocasionalmente con dichos propósitos una actividad que en sí mismo es lúdica y privada”.

sindical aparentemente verosímil, recayendo entonces sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tuvo causas reales extrañas a la vulneración del derecho fundamental¹⁹⁵. Debe señalarse que el mecanismo se establece en garantía de la efectividad de un derecho fundamental y en la de su tutela jurisdiccional no para que el funcionario de policía local haga un uso torticero del mismo en beneficio propio y de sus intereses particulares¹⁹⁴; por lo demás, es obvio que si la Administración razona que la medida controvertida se justifica en las necesidades del servicio cumple con la carga que recae sobre ella¹⁹⁵.

Llegados hasta aquí, ¿puede afirmarse rotundamente que el ejercicio del derecho de libertad sindical por los policías locales no difiere en nada del ejercicio del mismo derecho por los demás funcionarios públicos de régimen común? Particularmente, no me atrevería a dar una respuesta afirmativa concluyente. Es verdad que el contenido del derecho es el mismo, salvando lo relativo a la huelga, pero si del diseño general de las facultades jurídicas activas descendemos al terreno del ejercicio de las mismas en un caso determinado, cabe la introducción de ciertas, e importantes, matizaciones.

Recordemos, por lo pronto, que el Tribunal Constitucional ha señalado que el ejercicio de ciertos derechos por los funcionarios públicos está sometido a límites implícitos aunque deducibles limpiamente del texto constitucional, límites que pueden ser más o menos intensos en función de la índole los servicios que aquellos prestan y del grado de jerarquización y disciplina característico de su empleo¹⁹⁶. El ejercicio de la libertad sindical no queda al margen del argumento, como acredita, por ejemplo, la Sentencia 241/2005, de 10 de octubre, en la que se afirma que una determinada decisión del Servicio Andaluz de Salud supuso una limitación del derecho de libertad sindical del demandante censurable en términos constitucionales, pero en la que también se dice lo siguiente:

“aunque de la decisión del Servicio Andaluz de Salud derive, por los motivos expuestos, una limitación del derecho de libertad sindical del recurrente, es necesario tener presente (tal y como advertimos en nuestra STC 70/2000, de 13 de marzo, FJ 6), que “ningún derecho, ni siquiera los derechos fundamentales, es absoluto o ilimitado. Unas veces el propio precepto constitucional que lo consagra ya establece explícitamente los límites; en otras ocasiones, éstos derivan de la necesidad de preservar otros derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela (SSTC 11/1981,

195. Valga la cita de la STSJ de Galicia de 18 de julio de 1998 (RJCA 3123), relativa a la no concesión de un permiso por asuntos propios.

196. En palabras de la Sentencia 101/2003, de 2 de junio, que condensan doctrina ya establecida, el ejercicio de los derechos fundamentales por los funcionarios públicos “se encuentra sometido a determinados límites, algunos de los cuales son generales y comunes a todos los ciudadanos y otros, además, pueden imponerse a los funcionarios públicos en su condición de tales, ya sea en virtud del grado de jerarquización o disciplina interna a que estén sometidos, que puede ser diferente en cada cuerpo o categoría funcional, ya sea según actúen en calidad de ciudadanos o de funcionarios, ya en razón de otros factores que hayan de apreciarse en cada caso, con el fin de comprobar si la supuesta transgresión de un límite en el ejercicio de un derecho fundamental pone o no públicamente en entredicho la autoridad de sus superiores jerárquicos, y si tal actuación compromete el buen funcionamiento del servicio”.

de 8 de abril, 2/1982, de 29 de enero, 91/1993, de 15 de marzo, 110/1994, de 11 de abril, 52/1995, de 23 de febrero, 37/1998, de 17 de febrero). La libertad sindical no constituye, evidentemente, una excepción a esta regla (SSTC 81/1983, de 10 de octubre, 94/1995, de 19 de junio, 127/1995, de 25 de julio). En este sentido, ya hemos señalado que estos bienes o derechos constitucionales dignos de tutela han podido ser tenidos en cuenta por el propio autor de la norma legal o, en su caso, por los autores de la norma convencional para limitar el contenido de los derechos adicionales de libertad sindical, atribuidos por tales normas a los sindicatos o a sus afiliados (STC 64/1999, y las allí citadas). Siendo éstos derechos de ‘configuración legal’ o convencional, su ejercicio ha de discurrir en los términos legal o convencionalmente previstos (STC 1/1994, de 17 de enero)”. Asimismo, también recordábamos en ese mismo fundamento jurídico de la Sentencia citada que, “de otra parte, en el ámbito de las relaciones de empleo público, el reconocimiento del derecho de libertad sindical se realiza con las peculiaridades derivadas de una organización como es la Administración pública, que tiene a su cargo el cuidado del interés general, debiendo tenerse presente los fines que constitucionalmente inspiran la función pública y los principios que animan la organización de la Administración, peculiar empleador frente al que se ejercerá la actividad sindical. Y, así, hemos declarado que ‘el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones públicas reconocido en la Constitución (art. 103,3) está sometido a ciertas peculiaridades derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103,1 CE) y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo’ (STC 143/1991, de 1 de julio, FJ 5)”.

Peculiaridades lógicamente derivadas de los principios constitucionales de eficacia y jerarquía que, como bien se comprende, pueden traducirse en restricciones específicas, operativas en un caso determinado, concreto, preciso. Ahora bien, debemos señalar de inmediato que si las restricciones pueden imponerse es jurídicamente imprescindible que la Administración las motive cuidadosamente en la necesidad de preservar derechos o bienes constitucionalmente dignos de tutela, sin que por lo tanto sirvan, desde la perspectiva constitucional, apelaciones abstractas o genéricas a la eficacia administrativa o a las necesidades del servicio o al principio de jerarquía. Hablamos de derechos fundamentales, razón por la cual las injerencias en los térmi-

nos ordinarios de su ejercicio no sólo deben fundamentarse en la garantía de otros bienes constitucionalmente protegidos sino que deben argumentarse suficientemente, incluso en las relaciones de empleo público. Como es obvio, supuesta la motivación, ésta podrá ser sometida a escrutinio constitucional, cuyo resultado será uno u otro en función de su consistencia y razonabilidad. En palabras de la Sentencia 90/2008, de 21 de julio, “[c]omo sucede con los demás derechos fundamentales, esta garantía de indemnidad sindical puede verse limitada por la concurrencia de otros bienes y derechos constitucionales, y entre ellos por el mandato de eficacia en la actuación de la Administración pública. De esta concurrencia entre la libertad sindical del empleado público y la eficacia administrativa podrá resultar que ciertos sacrificios impuestos por la Administración al representante sindical sean conformes con la Constitución, pero habrá de tratarse, en todo caso de sacrificios justificados en tanto que proporcionados, esto es, adecuados, indispensables y moderados”.

Tal es el planteamiento general. ¿Qué sucede en el ámbito de la función pública policial? El Tribunal Constitucional ha tenido diversas ocasiones de analizar esta problemática, antes y después de la promulgación de la LOFCS. Salvo una, todas sus Sentencias se refieren a casos relacionados con la libertad sindical de funcionarios nacionales y todas resuelven conforme al mismo razonamiento general. Lo establece la Sentencia 81/1983, de 10 de octubre, que sienta un criterio hasta hoy no modificado:

“Según la Constitución en su art. 103.1, la Administración actúa de acuerdo con el principio de jerarquía, y este principio institucional se convierte en deber «de respeto y obediencia a las autoridades y superiores jerárquicos» para los funcionarios sujetos al Reglamento orgánico de la Policía gubernativa de 17 de julio de 1975, según su art. 184. De modo coherente con tal deber el art. 207 del mismo Reglamento considera como faltas graves en su apartado a) «la desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades», el c) «las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto de las decisiones de los superiores». La estructura interna del Cuerpo Superior de Policía al que pertenece como inspector el recurrente y la misión que el art. 104.1 de la C. E. atribuye entre otros, a dicho Cuerpo, obligan a afirmar que la crítica a los superiores, aunque se haga en uso de la calidad de representante y autoridad sindical y en defensa de los sindicatos, deberá hacerse con la medida necesaria para no incurrir en vulneración a este

respeto debido a los superiores y para no poner en peligro el buen funcionamiento del servicio y de la institución policial. Todos los derechos, al ser ejercidos, entran en concurrencia con otros bienes y derechos también dignos de tutela. El normal funcionamiento del Cuerpo Superior de Policía exige que sus miembros estén «sujetos» en su actuación profesional a los principios de jerarquía y subordinación» (principio sexto de Orden de 30 de septiembre de 1981, acorde, según su preámbulo y como el mismo recurrente reconoce, con la «Declaración sobre la Policía», contenida en la resolución 690 del Consejo de Europa para hacer posible la garantía de la seguridad ciudadana y la protección de los derechos y deberes de los citados ciudadanos y que el art. 104.1 de la C. E. atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, entre los que se encuentra el C. S. P., y esos bienes jurídicamente protegidos se pondrían en peligro si en el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de libertad de expresión los funcionarios del citado Cuerpo que desempeñan puestos de responsabilidad sindical pudieran legítimamente realizar actos como los que merecieron la sanción del señor Villén. Por esa razón el ejercicio de su libertad sindical deberá reconocer como límites esos preceptos reglamentarios, sin perjuicio de la regulación de las peculiaridades de la libertad sindical que lleve a cabo la ley a que se refiere el mismo art. 28.1 de la Constitución, límites que habrá que ponderar en cada caso, pues en cuanto restringen un derecho fundamental han de ser interpretados a su vez restrictivamente, pero que en el caso que enjuiciamos han sido sin duda transgredidos por el recurrente por lo que los actos de los poderes públicos que él impugna no han violado sus derechos fundamentales y el amparo que contra ellos pide no puede ser otorgado”.

Abundan en la misma idea de fondo, con más o menos matices pero sin apartarse del camino principal, las Sentencias 91/1983, de 7 de noviembre, 141/1985, de 2 de octubre, 72/1986, de 2 de junio, 85/1995, de 6 de junio, 127/1995, de 25 de julio y 17/1996, de 7 de febrero. Todas ellas llevan a cabo idéntico razonamiento; cierto que unas veces con mayor amplitud y extensión que otras, pero siempre se puede rastrear y localizar la línea argumental tendida por la Sentencia 81/1983.

Como se ha dicho, las Sentencias aludidas se refieren sin excepción a recursos de amparo interpuestos por funcionarios de la policía nacional. Abarcan un período de trece años en el curso del cual fue aprobada la LOFCS, que introdujo en el marco normativo un artículo, el 19, en el que se especifi-

can los límites legales al ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía¹⁹⁷. Sin embargo, la argumentación del Tribunal Constitucional no difiere en lo sustancial, sea anterior o posterior a la aprobación de la LOFCS. A lo sumo, el citado precepto ha plasmado en norma positiva ciertos límites y apuntalado con ello el armazón argumental del Tribunal Constitucional, pero no lo ha modificado. Y no lo ha hecho por la sencilla razón de que el Alto Tribunal considera que existen límites implícitos al ejercicio del derecho de libertad sindical de los policías. Límites que no constituyen *peculiaridades* en el sentido del artículo 28.1 de la Constitución. Únicamente el legislador puede establecer cuáles son tales, no el Tribunal Constitucional. Dichas peculiaridades forman parte del diseño del derecho fundamental y pueden combatirse aduciendo que menoscaban el contenido esencial del mismo, pero su establecimiento es abstracto. Ahora hablamos de otra cosa, hablamos de límites al ejercicio concreto del derecho, de límites eventualmente operativos en el caso, externos por lo tanto al contenido del derecho y que pueden determinar el desplazamiento coyuntural de las facultades inherentes al mismo en un supuesto dado si determinados bienes jurídicos constitucionalmente relevantes así lo imponen.

¿Son aplicables los criterios de fondo a los policías locales que, a diferencia de los nacionales, disfrutan del derecho a la libertad sindical en términos de igualdad con el resto de los funcionarios civiles de régimen común? La Sentencia del Tribunal Constitucional 273/1994, de 17 de octubre, entiende que sí; y como es la única dictada por el supremo intérprete de la Constitución que, salvo error u omisión por mi parte, afronta el tema, debemos detenernos en ella.

La Sentencia trae causa en el recurso de amparo interpuesto por un cabo de la policía municipal de Santa Cruz de La Palma que fue sancionado por remitir escritos a policías de otros ayuntamientos pidiéndoles que se abstuvieran de participar en los servicios policiales de refuerzo previstos para unas fiestas religiosas. La sanción impuesta fue de suspensión de empleo y sueldo por un año y el tipo aplicado el previsto en el artículo 27, i) LOFCS; esto es, “[l]a participación en huelgas, en acciones sustitutivas de las mismas o en actuaciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios”; la jurisdicción contencioso-administrativa rebajó la entidad de la infracción considerándola falta grave en lugar de muy grave. El sancionado era presidente del comité local del Sindicato Profesional de la Policía Local y

197. Dice el precepto que “[e]l ejercicio del derecho de sindicación y de la acción sindical por parte de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía tendrá como límites el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y el prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios, y la garantía del secreto profesional. Constituirán asimismo límite, en la medida en que puedan ser vulnerados por dicho ejercicio, los principios básicos de actuación del artículo 5 de esta Ley”.

había sido en condición de tal que había remitido las cartas, en cumplimiento de un acuerdo de la asamblea general de dicho Sindicato. Conviene mencionar que el Ministerio Fiscal interesó la estimación del recurso de amparo por entender vulnerado el derecho al ejercicio de la acción sindical de un representante de un sindicato profesional. El Tribunal Constitucional llegó a la misma conclusión.

Aunque el demandante de amparo aducía vulneración de varios derechos constitucionales, el Tribunal se centró en el que garantiza el artículo 28.1, es decir, en el de libertad sindical, planteamiento que puede tenerse por acertado. Y, para sorpresa del lector, parte de aplicar a los funcionarios locales de policía el marco normativo establecido en la LOFCS para el ejercicio de los derechos sindicales por los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Dice, literalmente, el FJ 4 de la Sentencia,

- “En el caso de la Policía Local, el legislador, según se deduce del art. 5 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical [quiere decir el artículo 1.5] y de los arts. 18 y 19 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, optó por limitar el ejercicio de la libertad sindical. Y, como quiera, que «limitar» no es «excepcionar», la libertad sindical de los miembros de la Policía Local inexorablemente debe contar con una zona de existencia posible en la que pueda ser reconocida, lo que presupone, a su vez, la existencia de ciertos contenidos -por mínimos que éstos sean- en que sustanciarse aquella libertad, pues lo contrario supondría tanto como la negación práctica de la misma.

- Por ello mismo, la citada Ley Orgánica 2/1986, tras reconocer a los miembros de la Policía Local su derecho a constituir organizaciones profesionales, así como a afiliarse a las mismas y participar activamente en ellas (art. 18), establece ciertas limitaciones constitucionalmente lícitas a su ejercicio y que se justifican, según la exposición de motivos de la Ley, en las especiales características de la función policial y el carácter de instituto armado que legalmente se atribuye a ese Cuerpo policial. Esos límites al derecho de sindicación y a la acción sindical son, a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Ley Orgánica 2/1986, «el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución y, especialmente, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, la seguridad ciudadana y de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional».

- Del cuadro normativo expuesto sólo cabe concluir que la libertad de sindicación de los miembros de la Policía Local no se circunscribe exclusivamente a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales sino que, además, aquélla también alcanza a lo que genéricamente se conoce como acción sindical (cfr. art. 19.1 Ley Orgánica 2/1986 y, con carácter general, nuestras SSTC 70/1982, 127/1989 y 30/1992, entre otras muchas) dentro de la cual, y como parte de la misma, debe situarse, en lo que aquí interesa, el derecho de información y la posibilidad de adoptar medidas de presión sindical siempre que, obviamente, no excedan los límites legalmente establecidos y antes, sucintamente, expuestos.

- Así lo hemos expresamente reconocido en nuestra reciente STC 134/1994, a cuyo tenor el derecho de actividad sindical incluye el derecho a difundir la realización de actividades sindicales pacíficamente y por medios lícitos”.

En el FJ 6 leemos que es aspecto clave la interpretación de la legalidad aplicable, pues si la realizada por los órganos que han intervenido con anterioridad “fuese restrictiva e impeditiva del derecho del recurrente se estaría, con tal proceder, añadiendo nuevos límites al ejercicio de un derecho previamente limitado por el legislador y, por consiguiente, restringiéndose indebidamente la libertad sindical que, conforme a la Constitución y a la Ley” corresponde al demandante de amparo”. A la vista del contenido de las cartas, dirá el Tribunal Constitucional que

“ha de concluirse que supusieron un ejercicio legítimo del derecho de libertad sindical. En efecto, se limitaban a sugerir que se adoptasen conductas lícitas que, en modo alguno, implican un quebrantamiento de la disciplina que debe presidir el funcionamiento de los Cuerpos de Policía Local. La Sentencia de la Sala del Tribunal Superior de Justicia, excluye, como ya se ha dicho, que las citadas cartas supusieran una «participación concertada con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios» según el tipo configurado en el art. 27.3.1 de la Ley Orgánica 2/1986 por lo que esta cuestión queda forzosamente excluida del objeto del amparo. Pero, por otra parte, y con referencia a la sanción concreta que resulta de la Sentencia, tampoco cabe apreciar que la actuación del recurrente excediera del ejercicio de su derecho de libertad sindical, en los términos arriba expuestos, y representara una conducta constitutiva de falta de las previstas en el art. 27.4 de la misma ley. En ningún momento se incita a la desobediencia a las órdenes de la superioridad, sino que, de lo que resulta de los escritos en

cuestión, se limitan a pedir la no aceptación de propuestas para la prestación voluntaria de servicios adicionales en el Municipio del recurrente. En esos términos se expresó el recurrente no sólo en el caso del Sargento-Jefe de San Bartolomé de Tirajana, sino también en lo que se refiere a los policías locales de Santa Cruz de Tenerife: en ambos supuestos las cartas aluden a «propuestas» y «solicitudes» de desplazamiento. Por consiguiente, la no aceptación voluntaria de tales propuestas por el policía interesado sólo puede ser considerada como una opción legalmente legítima, y nunca como un incumplimiento de las órdenes de la superioridad, que sí sería jurídicamente sancionable.

Siendo ello así, no se alcanza a comprender (ni la Sala de lo Contencioso justifica en sus razonamientos) cómo la sugerencia formulada por el recurrente, invitando a otros compañeros a que, por razones de solidaridad sindical, adopten libremente una decisión legalmente posible, pueda constituir una llamada a la indisciplina. Esa apelación a la conciencia de cada uno de los destinatarios de las cartas para que obren en consecuencia con la información que se les remite cuando tengan conocimiento de las peticiones de desplazamiento, no puede ser considerada como una conducta intencionalmente tendente a poner en peligro la seguridad ciudadana, pues ante la hipótesis de rehusarse la propuesta voluntaria, siempre se podría ordenar por las autoridades correspondientes la obligatoriedad del servicio; sin que el recurrente incitase en sus cartas al incumplimiento de lo que ahora sí sería un deber cuyo desconocimiento podría generar medidas disciplinarias y afectar a la seguridad ciudadana y a las necesidades del servicio. Por consiguiente, la conducta del actor se desarrolló dentro de los márgenes legales que delimitan el ejercicio del derecho de información sindical amparado por el art. 28.1 de la C.E., lo que conduce a la estimación de la presente demanda de amparo”.

Entiendo que la Sentencia no está correctamente fundada, pero que tiene intuiciones por completo certeras y llega a un resultado ajustado.

Salvo error por mi parte, el artículo 19 LOFCS no se aplica a las policías locales, ni siquiera de forma supletoria o en segundo grado. Es un precepto sin duda importante en la medida en que enuncia los límites al ejercicio del derecho de sindicación y de acción sindical de los miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Pero es un precepto importante para estos funcionarios, cuyo régimen sindical no es de la LOLS sino el previsto en la propia LOFCS. Con todo, y aunque

me permito señalar que a mi juicio la Sentencia yerra al invocar el citado precepto, existe una vía jurídica que permite alcanzar la misma conclusión material a la que llega el Tribunal Constitucional. Me refiero a la doctrina de los límites implícitos de los derechos fundamentales, que no significa deducir límites en ausencia de pronunciamiento normativo sino inferirlos del propio ordenamiento constitucional en virtud de una interpretación sistemática e integrada del mismo y respetuosa con el principio de unidad, que postula que ninguna de las normas que lo forman quede postergada por otras. Se trata de una doctrina a la que muy pronto se adhirió nuestro Tribunal Constitucional al señalar que si en algunas ocasiones la Constitución establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales, en otras los límites de los derechos derivan de la Constitución de manera mediata o indirecta y se justifican por la necesidad de proteger otros bienes constitucionalmente relevantes (Sentencia 11/1981, de 8 de abril).

Desde este punto de vista, entiendo que las misiones constitucionales asignadas a las fuerzas de seguridad abonan que, precisamente en virtud de su trascendencia social, el ejercicio del derecho de libertad sindical por parte de quienes las tienen encomendadas no deba contemplarse con los mismos criterios que rigen en la función pública no policial. En ésta, el principio de eficacia juega, lo hemos visto ya, como un elemento modulador; en el ámbito policial la eficacia adquiere una dimensión superior a la general en la medida en que están en juego valores de tan extraordinaria relevancia colectiva como el mantenimiento de la seguridad ciudadana y la garantía de los derechos y libertades de los demás componentes de la sociedad. A mi juicio, este es un elemento muy relevante que por fuerza debe repercutir sobre el ejercicio concreto de los derechos fundamentales de quienes tienen asignados cometidos tan notables, cuya óptima consecución no puede ser puesta en riesgo. De igual modo, y en la medida en que el principio de jerarquía sirve al desempeño adecuado de tales funciones, me parece evidente que puede ser el cimiento de ciertas limitaciones. Y, en fin, al ser obvio que la policía de hoy difícilmente puede llevar a cabo sus cometidos constitucionales y legales si no cuenta con suficiente aquiescencia social, ello implica que los cuerpos de seguridad deben tener una cierta imagen ante la colectividad –llámese, si se quiere, crédito o prestigio– que no puede verse comprometida.

De todo ello se deduce que existen razones que justifican la introducción casuística y singular de límites al ejercicio

de la libertad sindical por los funcionarios de las policías locales, habida cuenta de la dimensión social de sus cometidos y de la necesidad de no interferir en la vigencia de los principios organizativos puestos al servicio del cumplimiento eficaz de los mismos. Aunque lo idóneo sería que existiera un artículo similar al 19 LOFCS que fuera claramente aplicable a las policías locales, su inexistencia no impide sostener conclusiones similares a las que ha llegado el Tribunal Constitucional a propósito de la policía nacional.

Ahora bien, nada de ello sirve para soslayar la necesidad de motivar suficientemente las resoluciones administrativas que, en un caso determinado, plasman dichos límites. En términos abstractos, teóricos si se quiere, las afirmaciones anteriores pueden bastar, pero la vida del Derecho discurre en el campo de lo concreto. Así, no basta a mi juicio con invocar las necesidades del servicio para justificar determinadas decisiones con incidencia directa en la libertad fundamental que nos ocupa, pues de otra forma se corre el grave (y perfectamente evitable) riesgo de que en un caso determinado se impongan limitaciones con base en nociones generales, que desde luego no son un comodín. Hablamos de algo tan serio como los límites al ejercicio de un derecho fundamental, límites que, por justificados que estén en la teoría, deben aplicarse motivadamente, correspondiendo a la Administración ponerlos de manifiesto y a los jueces y tribunales vigilar que lo haya hecho suficientemente y con apoyo en un fundamento preciso, objetivo y racional.

Contamos con un ejemplo hasta cierto punto próximo al tema que nos ocupa y que por ello mismo no está de más recordar ahora. El artículo 8 LOLS señala que los trabajadores afiliados a un sindicato podrán celebrar reuniones en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, previa notificación al empresario, fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal de la empresa. En el sector público el tema está contemplado hoy en el artículo 46 EBEP, que reclama autorización para la celebración de reuniones en el centro de trabajo y señala que, como regla, tendrán lugar fuera del horario laboral además de no perjudicar la prestación de los servicios.

Con independencia del régimen sustantivo del derecho de reunión en cuanto elemento del de libertad sindical y dando por supuesto que la autorización requerida se refiere a la utilización del lugar de trabajo como sede física del ejercicio del derecho y no a éste mismo, interesa recordar

que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que si la autorización puede denegarse en atención a la eficacia administrativa y al buen funcionamiento del servicio, es imprescindible que la Administración exponga “con suficiente amplitud y claridad las razones de la denegación” a efectos de que los destinatarios del acto puedan conocer el por qué de la limitación de su derecho a la libertad sindical y si tales razones pueden considerarse lícitas y de entidad bastante para justificar la negativa (STS de 16 de octubre de 1990, RJ 7734). Si la no autorización de la celebración de reuniones dentro del horario de trabajo puede motivarse sucintamente en las necesidades del servicio, la denegación de autorización para ejercer el derecho en las dependencias administrativas fuera de dicho horario debe “estar fundada, correspondiendo al órgano competente la carga probatoria de las circunstancias obstativas” (STS de 7 de febrero de 1995, RJ 1446). Más aún, la STS de 26 de septiembre de 2005 (RJ 7004) parece apuntar que, habiéndose pactado la autorización de reuniones dentro del horario laboral con un máximo de horas anuales, la denegación por razones del servicio debe igualmente motivarse suficientemente, careciendo de fundamento jurídico aceptable que el otorgamiento de la autorización pueda depender de los asuntos a tratar (materias relacionadas con las condiciones de trabajo u otras diferentes y ajenas a ellas).

De la jurisprudencia tan telegráficamente acabada de reseñar me interesa destacar la insistencia que pone en la necesidad de motivar debidamente las decisiones administrativas que afectan al ejercicio concreto del derecho de reunión sindical. Es cierto que tal argumento se ve facilitado porque tanto el legislador de hoy como el anterior han precisado que dicho derecho ha de ejercerse normalmente fuera del horario de trabajo, de donde puede seguirse con facilidad que el hecho de impedirlo debe fundarse en razones poderosas y de obligada exteriorización. En relación con otros contenidos de la libertad sindical, y pensando en el caso de los policías locales, la delimitación legal del derecho no es tan precisa; pero, supuesto que de la propia Constitución y de la LOFCS cabe inferir límites que en un caso concreto pueden ser operativos, el criterio de fondo es extensible. Particularmente, no veo por qué tiene que motivarse debidamente que las razones del servicio justifican la no autorización de una reunión y no, en cambio, otras decisiones que limitan singularmente otros contenidos de la libertad sindical.

Todo esto nos lleva a una cuestión de orden general, que

no podemos sino dejar apuntada. Ni se puede ni se debe generalizar, pero a veces da la impresión de que las Administraciones públicas se conforman con motivaciones rutinarias e incluso estereotipadas. Eso es rechazable siempre, sea lo que sea que haya solicitado el interesado, pero es inadmisibles cuando las decisiones administrativas interfieren en el ejercicio de los derechos fundamentales; también en el ejercicio de los derechos fundamentales de los funcionarios. Bien está que, en términos de teoría general, los límites estén claros, y el hecho de que sean implícitos no obsta a su nitidez jurídica, pero tan importante o más es que se apliquen debidamente. Y las resoluciones que lo hacen apelando simplemente a cláusulas generales tienen en su contra, a mi juicio, una presunción de ilegalidad. No se trata de lo mismo, pero si la carga probatoria se reparte de forma distinta a la habitual en los procesos relacionados con comportamientos antisindicales, también cabe exigir que las limitaciones concretas al ejercicio de la libertad sindical no se funden abstractamente en argumentos generales (necesidades del servicio, principio de jerarquía, etc.) y que la Administración demuestre cumplidamente que requieren e imponen dichos argumentos en el caso de que se trate. Esto vale también para los jueces de lo contencioso, que no pueden apoyarse en la presunción de legalidad de los actos administrativos para considerar, sin más, que las limitaciones efectivamente impuestas son conformes a Derecho.

Por lo demás, debemos señalar que no todo debe hacerse descansar sobre las espaldas de la Administración que decide singularmente; también a la Administración que reglamenta y por lo tanto establece normas le es exigible el cuidado debido. El Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía (aplicable supletoriamente a las policías locales) tipificó como falta grave “las manifestaciones públicas de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996 (RJ 7606) señaló al respecto que:

1) la prohibición es exhaustiva “de modo que no es posible establecer en relación con el mismo una diferenciación entre manifestaciones públicas de crítica tolerables y las constitutivas de la infracción”;

2) los principios de jerarquía y subordinación la libertad de expresión de los policías, por el significado nuclear que tienen en cuanto principios básicos de actuación (artículo 5 LOFCS) “justifican restricciones del derecho de libertad de

expresión (de los policías) mayores que las admisibles en relación con los ciudadanos en general”; y,

3) que “la cuestión no es la de si es constitucionalmente admisible un tipo de infracción que restringe el derecho fundamental de libertad de expresión de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, en cuanto a la crítica de las decisiones de los superiores, mucho más intensamente de lo tolerable, tratándose de otra clase de funcionarios o de ciudadanos en general, sino la de si es compatible con el derecho fundamental aludido la proscripción absoluta de toda crítica pública de dichas decisiones, pues tal es el sentido del tipo impugnado”.

La conclusión del Tribunal Supremo es la siguiente: “[e]n la medida en que el tipo aquí analizado adolece de exhaustividad y carencia de matices, que se destacaron más atrás, es indudable que resultan incluidas en él conductas de lícito ejercicio del derecho de libertad de expresión, compatibles con los límites específicos derivados del especial rigor de los deberes de jerarquía y obediencia, y en tal sentido el tipo, tal y como está formulado, entra en colisión con el art. 20.1. a) CE, imponiéndose por ello el éxito del recurso en este punto, con la correspondiente anulación del precepto reglamentario impugnado”.

Ese rechazo a la ausencia de matices, expresamente aludido por el Tribunal Supremo, sirve tanto para los reglamentos como para los actos administrativos que aplican las leyes y los reglamentos. Como criterio, me parece por completo acertado.

Concluyo introduciendo una precisión que me sugiere la STSJ de la Comunidad Valenciana de 16 de mayo de 2001 (JUR 2001/280365). Un funcionario de la policía local de Burjassot fue sancionado por introducir propaganda sindical en los casilleros existentes en las dependencias municipales; lo hizo un domingo, estando de servicio y presentándose en el lugar vistiendo uniforme, motivo por el que se le facilitó el acceso “en la presunción de que actuaba en ejercicio de sus funciones de policía local” y sin que el funcionario “hiciera aclaración alguna sobre la verdadera razón de su presencia en las indicadas dependencias”. En suma, un funcionario en servicio de vigilancia decidió dedicar parte de su tiempo de trabajo a la difusión de propaganda sindical, y lo hizo además prevaliéndose de la uniformidad, lo que le permitió el acceso a unas dependencias municipales que estaban cerradas por tratarse de un día festivo.

Al margen de que su conducta del policía pudiera o no subsumirse en el tipo infractor de abuso de autoridad al

presentarse de uniforme en las citadas dependencias y pedir al encargado que le permitiera entrar en las mismas, cabe que nos preguntemos por si aquella puso en peligro o comprometió la eficacia policial. La respuesta es afirmativa. El funcionario estaba de servicio, no disfrutaba de crédito horario y abandonó aquel; da igual que fueran diez minutos o tres horas, extremo sobre el que nada sabemos. Pero el hecho de abandonar el servicio comporta un riesgo potencial para la seguridad ciudadana puesto que si el policía no está cumpliendo sus funciones de vigilancia no está en condiciones de llevar a cabo sus cometidos legales. De igual modo que sucede con determinados ilícitos, cuya condición de tales no depende de un resultado lesivo real sino de quien los comete está en condiciones de producirlo y por cuya persecución velan las policías sin descanso (por ejemplo, conducir con una determinada tasa de alcohol en sangre aunque no se haya causado un accidente o infringido las normas de circulación o incluso las capacidades del sujeto no estén alteradas), es irrelevante que, en el caso, padeciera realmente o no la eficacia policial. Se produjo un abandono del servicio en toda regla, absolutamente injustificable desde la perspectiva de lo que ampara la libertad sindical y con riesgo para la seguridad ciudadana; porque, en caso de ser necesaria la presencia del funcionario en un lugar determinado, ¿podría haber cumplido satisfactoriamente con sus funciones constitucionales si estaba repartiendo propaganda sindical en las dependencias municipales en lugar de cumplir con la misión de vigilancia? Claro que puede aducirse que, aun estando dedicado a lo segundo, no hay garantía absoluta de que pudiera actuar eficazmente en caso necesario, por la lejanía del lugar de los hechos, por la falta de medios o por lo que sea; pero estando dedicado a lo primero, la respuesta es obvia, respuesta que, además, tiene la fuerza jurídica que le suministra el hecho normativo conforme al cual los funcionarios de policía en horario de servicio son funcionarios de policía en horario de servicio. Si necesitaba tiempo para repartir propaganda sindical, actividad por completo legítima, debiera haber buscado una solución diferente a su problema.

3. Derecho de huelga

Entre los derechos individuales que se ejercen de forma colectiva (artículo 15 EBEP) hay uno cuyo tratamiento normativo en el ámbito de la función pública policial puede

entenderse que no presenta problemas jurídicos o todo lo contrario. Me refiero al derecho de huelga, cuyo ejercicio está terminantemente prohibido por el artículo 6.8 LOFCS, alcanzando la prohibición a las acciones sustitutivas del mismo o concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de los servicios.

Desde un punto de vista estrictamente formal, el precepto no suscita dificultades. Incluso podría decirse que clarifica un panorama precedente hasta cierto punto algo confuso, al menos a juzgar por lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1986 (RJ 2390), dictada a propósito de un Decreto del Alcalde de Barcelona que fijaba unos servicios mínimos para los funcionarios de policía municipal superiores a los establecidos para los demás empleados municipales con motivo de una huelga convocada para el día 20 de junio de 1985. Aunque el Tribunal Supremo aludió a la prohibición establecida en el artículo 6.8 LOFCS –no aplicable al caso por razones temporales–, previamente se detuvo en disquisiciones acerca de los límites a que debe estar sometido el ejercicio del derecho de huelga por los funcionarios de policía, como dando por descontado que hasta dicha prohibición disponían del mismo, lo que en absoluto era cierto¹⁹⁸.

Diez años después, la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1996 (RJ 7606) considera que la prohibición legal del ejercicio del derecho de huelga se ajusta a la Constitución dado que ésta ni consagra directamente dicho derecho en relación con la función pública ni autoriza a sostener que su reconocimiento deriva del de sindicación y negociación colectiva. La Sentencia señala que el contraste entre la referencia a *todos* como sujetos del derecho de sindicación y a *los trabajadores* como sujetos del derecho de huelga, “es revelador de la restricción subjetiva del último” y que “el diferente ámbito subjetivo del derecho de sindicación y de huelga, inequívocamente establecidos en los apartados 1 y 2 del art. 28 CE, impide aceptar la argumentación del Sindicato recurrente, que pretende deducir la necesidad constitucional de la atribución del derecho de huelga a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, de la atribución a los mismos de los derechos de sindicación y negociación colectiva”. Y añade,

“Cuando ni tan siquiera existe la consagración constitucional de un pleno derecho de sindicación, pues puede no sólo ser limitado, sino exceptuado, el hecho de que al derecho de sindicación, limitadamente reconocido en la LO (de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), no le siga un derecho de

198. La prohibición del derecho de huelga en el ámbito de la policía (estatal y local) figura en el Real Decreto 3624/1977, de 16 de diciembre. La Sentencia referida ni menciona siquiera esta norma.

huelga, constituye una opción reguladora del legislador orgánico absolutamente indiscutible desde la clave del art. 28.1 y 2 de la Constitución española.

Y no cabe aludir a la necesaria interpretación restrictiva de los límites de los derechos fundamentales, cuando, como aquí ocurre, el límite cuestionado tiene una plasmación tan inequívoca en el art. 6.8 de la LO (de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad), y en su Exposición de Motivos, que no suscita problema alguno de interpretación, en la que deba utilizarse el exigible criterio restrictivo, sino, pura y simplemente, de acatamiento de preceptos taxativos”.

De las palabras últimamente transcritas podría deducirse que el Tribunal Supremo considera que puesto que la ley prohíbe el ejercicio del derecho nada más hay que discutir, cuando justamente el problema estriba en si la ley puede o no introducir la prohibición.

Más tarde, la STSJ del País Vasco de 7 de octubre de 2002 (JUR 2003/104793) considera ajustada al ordenamiento jurídico la denegación de la autorización solicitada por los sindicatos de la Ertzaintza para celebrar una consulta con la finalidad de conocer si los funcionarios del cuerpo secundarían un plante para protestar ante el Departamento de Interior para que este reconociera sus especiales condiciones laborales y personales. El Tribunal entiende que “la consulta se dirige a determinar la adhesión de los funcionarios a una acción concreta que implica una protesta colectiva con abandono de su cometido habitual, y tal cosa ha de considerarse como acción sustitutiva de la huelga, entendida como cesación de la prestación con la finalidad de presionar para conseguir algún objetivo laboral, lo que viene prohibido por el artículo 6.8” LOFCS. El mismo Tribunal, ahora en Sentencia de 11 de septiembre de 2006 (JUR 2007/91520), acepta que el legislador excluya el derecho de huelga de los policías en atención a las singularidades de sus funciones y a que si la propia Constitución autoriza a limitar o incluso exceptuar el derecho de sindicación a los policías, el de huelga, en tanto que elemento de aquel, no tiene por qué ser reconocido por el legislador.

La cuestión, sin embargo, se presta a ciertas consideraciones de orden estrictamente jurídico, que emito telegráficamente.

En la actualidad, la discusión acerca de si los funcionarios públicos disfrutan del derecho de huelga tiene un interés estrictamente histórico y sólo sirve para valorar el esfuerzo intelectual de quienes, ausente todo pronunciamiento legislativo al respecto y ante la actitud esquivada del Tribunal

Constitucional, propugnaron en sede doctrinal una respuesta afirmativa, que fue recogida de forma poco elegante en la Ley 30/1984, pues poco elegante es, a mi juicio, reconocer derechos de forma oblicua como hizo con el mencionado la citada Ley al prever el no devengo ni la percepción de retribuciones en caso de ejercicio del derecho de huelga sin afirmar previamente que el mismo formaba parte del patrimonio jurídico de los funcionarios¹⁹⁹.

Resuelto el problema general, ¿cabe en el marco constitucional que el legislador prive a colectivos enteros de funcionarios del ejercicio de derecho de huelga? No he de entrar aquí en la polémica doctrinal acerca de si se trata de un derecho autónomo pero muy relacionado con el de libertad sindical o de un derecho que, en realidad, está en función del segundo hasta el punto de encontrarse indisolublemente unidas sus respectivas suertes jurídicas. Bástenos con recordar que, según el Tribunal Constitucional, el derecho a la libertad sindical, en su vertiente colectiva, “se integra por los derechos de actividad y los medios de acción que, por contribuir de forma primordial a que el sindicato pueda desarrollar las funciones a las que es llamado por el art. 7 CE, constituyen el núcleo mínimo e indispensable de la libertad sindical (...). Entre estos derechos de actividad y medios de acción que constituyen el núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical este Tribunal ha venido incluyendo el derecho a la negociación colectiva, a la huelga y a la promoción de conflictos”²⁰⁰. Tal es, por lo demás, el criterio del artículo 2.2, d) LOLS, que incluye el derecho de huelga en el ámbito de la libertad sindical y, más en particular, en el ejercicio de la actividad sindical (junto al derecho a la negociación colectiva, al planteamiento de conflictos individuales y colectivos de trabajo y a la presentación de candidaturas para la elección de los órganos de representación unitaria).

En este contexto, y dado que el artículo 28.2 de la Constitución no prevé excepciones o limitaciones, cabría apreciar cierta coherencia interna entre la decisión legal de prohibir el ejercicio del derecho de huelga a determinados colectivos funcionariales y la previa de privarles o limitarles la libertad sindical al amparo del artículo 28.1 de la Constitución. Aun aceptando que el de libertad sindical y el de huelga son derechos fundamentales distintos, podría defenderse la opción mencionada habida cuenta de la dimensión colectiva de los mismos y del papel que los sindicatos representan en la convocatoria y desconvocatoria de las huelgas. Pero, ¿puede decirse lo mismo a propósito de

199. Disposición adicional duodécima de la Ley 30/1984, de Medidas para la reforma de la función pública. El EBEP contiene una previsión similar (artículo 30.2), pero el derecho de huelga está expresamente citado, como ya nos consta, en el catálogo de los individuales que se ejercen colectivamente (artículo 15).

200. STC 17/2005, de 1 de febrero, FJ 2.º, con cita de otras anteriores.

la policía municipal cuyos funcionarios disfrutaran de la libertad sindical en términos muy próximos, incluso formalmente idénticos, al de los funcionarios civiles de régimen común?

Desde luego, las razones esgrimidas por el legislador para justificar materialmente la prohibición son consistentes²⁰¹, pero el debate jurídico no se cierra sobre ellas sino sobre sí, a la vista del artículo 28.2 de la Constitución y teniendo en cuenta el régimen del derecho de libertad sindical de los policías municipales, puede establecerla. Cuatro son, a mi modo de ver, las posibles vías de aproximación al tema.

1. Considerar que el ámbito de aplicación del artículo 28.2 de la Constitución se limita a los empleados laborales y no alcanza a los funcionarios.

2. Entender que el artículo 104.2 de la Constitución, que remite al legislador orgánico la fijación del estatuto de las fuerzas de policía –y en el estatuto se comprenden los derechos–, permite al legislador disponer de los derechos fundamentales de los policías. Pienso, sin embargo, que tal argumento se enfrenta con un grave problema: el legislador regula el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce y no decide acerca de la existencia de los mismos.

3. Acudir a la doctrina de los límites implícitos de los derechos fundamentales. Sin embargo, ello podría quizá aceptarse si estuviéramos hablando de un límite, pero hablamos de una excepción en toda regla, hablamos de la prohibición pura y simple de un derecho fundamental.

4. Apelar a lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, conforme al cual las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Veamos lo que dicen algunos de ellos.

a) El artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deja a salvo la imposición de restricciones legales a la libertad sindical “cuando se trate de miembros de las fuerzas armadas y de la policía”.

b) El artículo 8.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales permite someter a restricciones legales el ejercicio de los derechos de libertad sindical y de huelga a los miembros de las fuerzas armadas, de la policía y de la Administración.

c) De la Carta Social Europea (artículos 6 y 31) se deduce que el derecho de huelga puede ser limitado o restringido por razones de protección del orden público; lo mismo en el

201. Exposición de Motivos de la LOFCS, II, b): la prohibición se establece “en aras de los intereses preeminentes que corresponde proteger a los Cuerpos de Seguridad, al objeto de asegurar la prestación continuada de sus servicios, que no admite interrupción”.

texto revisado (1996, firmado pero aún no ratificado por España). A la vista de este último texto, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha señalado que el derecho de huelga de ciertas categorías de funcionarios puede ser limitado, debiendo circunscribirse las restricciones a los agentes que ejercen funciones que, en razón de su naturaleza, están directamente relacionadas con la seguridad nacional o el orden público. Recuérdese, por lo demás, que el Reino de España ha ratificado la Carta Social bajo reserva de que interpretará los artículos 5 y 6 de forma compatible con los artículos 28, 37, 103.3 y 137 de la Constitución; y que el Comité de Ministros del Consejo de Europa, al hilo de la aprobación del Código Europeo de Ética de la Policía (2001), ha entendido que no es contrario a la Carta Social la prohibición del derecho de huelga.

d) El Convenio 151 de la OIT permite a los legisladores nacionales determinar el punto hasta el que las garantías que prevé son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía.

e) El artículo 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite que el derecho a fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos en defensa de sus intereses pueda ser restringido legítimamente para los miembros de la policía. Dado que de la decisión *Unison contra Reino Unido*, de 10 de enero de 2002, se infiere que el Tribunal de Estrasburgo considera que el derecho de huelga está incluido en el ámbito de aplicación del precepto, cabe afirmar que otorga cobertura a las restricciones legítimas de dicho derecho en el sector de la policía.

A la vista de ello, puede sostenerse que los convenios internacionales suscritos por España confieren al legislador nacional cierta libertad a la hora de decidir acerca de la extensión del derecho de huelga en el ámbito de la policía. Aunque no lo citen expresamente, en tanto en cuanto admiten restricciones o limitaciones a la libertad sindical no constituye un desvarío hermenéutico sostener que lo mismo es predicable del derecho de huelga, entre otras razones porque sus repercusiones sobre el funcionamiento normal de los servicios de policía son muy superiores a los del ejercicio de la libertad sindical y porque en nuestro ordenamiento la actividad sindical comprende el ejercicio del derecho de huelga.

Ahora bien, ¿permite el artículo 10.2 de la Constitución apelar al Derecho internacional de los derechos humanos para avalar exclusiones del ejercicio de un derecho fundamental no previstas constitucionalmente? ¿se puede justi-

ficar jurídicamente en los tratados y convenios internacionales la privación del ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la policía local? El citado precepto se introdujo en la Constitución con el propósito de facilitar que en la España de entonces entrara la bocanada de aire fresco que suponían algunos textos internacionales importantes y su interpretación por los órganos competentes, pero no para introducir excepciones al régimen de los derechos fundamentales que el constituyente, pudiendo hacerlo, no quiso que figuraran en la norma suprema.

Más aún, algunos de esos textos contienen una cláusula que impide que de los mismos deriven consecuencias no previstas en los ordenamientos de los Estados partes²⁰² y si bien la remisión a las restricciones y excepciones previstas en tales ordenamientos se hace acompañada del adjetivo *legales* o encomiando el papel de la ley, tales remisiones no deben interpretarse en sentido estricto (ley aprobada por las Cortes Generales) sino comprensivo de la propia Constitución, que en nuestro ordenamiento y en materia de derechos fundamentales es la fuente del Derecho que marca la pauta a seguir por el legislador constituido. Y si la Constitución no dice nada en orden a las excepciones, el Derecho internacional poco tiene que hacer aquí; puede, sin duda, avalar los límites previstos en ella o desautorizarlos, pero no levantar barreras que la Constitución no ha levantado. Si el Derecho internacional de los derechos humanos sirve para que el legislador interprete los preceptos constitucionales de acuerdo con el contenido de los tratados y convenios, contenido que se convierte así en el constitucionalmente declarado de los derechos reconocidos en la Constitución (STC 236/1997, de 7 de noviembre, FJ 5), parece claro que aquellos tratados y convenios no pueden utilizarse para introducir limitaciones o excepciones cuya existencia no se infiere de la Constitución.

En este contexto, y no sin señalar que los textos internacionales hablan de límites o de restricciones, lo que probablemente no podría interpretarse en el sentido de exclusiones totales, cabe recordar que la STC 259/2007, de 19 de diciembre, se apoya en el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para afirmar la inconstitucionalidad del artículo 11.2 de la Ley Orgánica 4/2000, que limitaba el ejercicio del derecho de huelga de los extranjeros a la hipótesis de que estuvieran autorizados para trabajar. A juicio del Tribunal, ello “no se compadece con el reconocimiento del derecho de huelga que proclama el art. 28.2 CE, interpretado conforme a la normativa inter-

202. Así, el artículo 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que ya hemos visto es explícito en orden a la admisión de las restricciones legales al ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la policía, dispone lo siguiente: “[n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

nacional sobre este derecho ratificada por España, en particular el art. 8.1, d) PIDESC, en cuya virtud los Estados signatarios del Pacto han de garantizar el ejercicio del derecho de huelga, de forma que la regulación que se establezca deberá tener por objeto el ejercicio del derecho y no impedirlo a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena sin contar con los preceptivos permisos legales” (FJ 7). Y nótese, por cierto, que en el caso señalado el artículo 13.1 de la Constitución habilita al legislador para establecer el régimen de ejercicio de los derechos fundamentales por los extranjeros²⁰³, habilitación que no existe en nuestro caso y de la que el Tribunal Constitucional se ha preocupado por señalar que no *desconstitucionaliza* la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para configurarlos, se encuentra sometido a los límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y en particular de los contenidos en el artículo 10 de la misma (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3).

A la vista de lo expuesto, y en trance de salvar una prohibición legal que tiene sólidos fundamentos materiales, no queda más remedio que volver la vista hacia la tesis conforme a la cual el artículo 28.2 no se refiere a los funcionarios. De esta forma, la huelga en la función pública sería materia de exclusiva competencia del legislador, criterio que, por lo demás, parece ser el del Tribunal Constitucional, quien hasta ahora ha eludido afirmar que el derecho de huelga de los funcionarios deriva directamente de la Constitución. No comparto en cambio la opinión que defiende que la prohibición es una de las peculiaridades constitucionalmente admisibles de la libertad sindical de los funcionarios; a mi juicio, parece evidente que la prohibición del ejercicio del derecho de huelga es algo más que la introducción de una peculiaridad en el ejercicio de la libertad sindical. Es, pura y simplemente, la ablación de parte del contenido esencial de dicha libertad. De todas formas, y salvando una eventual reforma constitucional que aclarara definitivamente el panorama jurídico, lo idóneo sería que el Tribunal Constitucional interviniera y expusiera su superior criterio. En la doctrina laboralista, los autores que afirman la inconstitucionalidad del artículo 6.8 LOFCS son numerosos; parece llegada ya la hora de contar con un criterio jurídico de referencia que despeje las dudas.

No quiero concluir sin señalar que soy partidario decidido de que los policías (locales o no) carezcan del derecho de huelga. Que la formulación legal de la prohibición sea pro-

203. Según dicho precepto, “[l]os extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [el Primero de la Constitución: De los derechos y deberes fundamentales] en los términos que establezcan los Tratados y la ley”.

blemática en términos de constitucionalidad nada dice en contra de su fundamento material y, en cualquier caso, su observancia es obligada en tanto en cuanto subsista, sin que pueda eludirse aquella a través de fórmulas indirectas de las que a veces dan cuenta los medios de comunicación (acumulación de bajas laborales en un mismo día); como la prohibición alcanza también a las acciones concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento del servicio, es notorio que no cabe la adopción de ninguna medida de presión que tenga tal efecto. Ello podrá gustar o no, pero el primer deber de los policías es respetar la legalidad vigente.

204. Cfr. las Sentencias del Tribunal Constitucional 80/2000, 224/2000, 85/2001 y 222/2005, de las que tomamos únicamente los razonamientos generales.

4. Negociación colectiva

En la actualidad, no queda espacio para el debate acerca de si los funcionarios públicos disponen o no del derecho a la negociación colectiva ni tampoco acerca del fundamento constitucional del mismo. Es sabido que, en un primer momento, el Tribunal Constitucional señaló que del derecho de sindicación de los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos con efectos vinculantes” (Sentencia 57/1982, de 27 de julio). En realidad, el Tribunal Constitucional no dijo que los funcionarios no pudieran participar en la determinación de las condiciones de trabajo mediante la negociación colectiva, sino que ésta no tiene por qué traducirse, en el ámbito de las Administraciones Públicas, en un instrumento vinculante (convenio o como se le quiera llamar), al estilo del previsto en el artículo 37.1 de la Constitución; el Tribunal Constitucional, en suma, reclamaba que fuera el legislador quien zanjara la cuestión, reconociéndole implícitamente un cierto margen de maniobra.

La posición del Alto Tribunal al respecto ha experimentado una notable clarificación una vez que el legislador ha decidido regular este particular. Como mero recordatorio del estado de la cuestión, y teniendo en cuenta únicamente la doctrina constitucional más moderna y sus argumentos de principio, señalemos lo siguiente²⁰⁴.

a) En el ámbito laboral, no es preciso justificar jurídicamente el derecho a la negociación colectiva, pues el artículo 37.1 de la Constitución le confiere suficiente fundamento normativo; en cambio, en el ámbito funcional las cosas se presentan de otro modo. Dado que no deriva del de sindicación de los funcionarios públicos, debe ser la ley la que en su caso lo reconozca; si la ley lo hace, y en los términos en

que lo haga, se integrará como contenido adicional del de libertad sindical, en el que inicialmente no está comprendido. Por ello, si la ley establece el derecho a la negociación colectiva en el ámbito funcionarial, la integración del derecho a negociar en el de libertad sindical como contenido adicional del mismo tendrá lugar en los exactos términos que la ley establezca. Hablamos, por consiguiente, de un *derecho de configuración legal*.

b) El legislador no deja el diseño de la negociación colectiva a la libertad de los interesados, sino que establece por sí mismo los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento, no siendo viable una negociación al margen de los términos legalmente establecidos. Existen órganos que, según el legislador, son los cauces en cuyo seno se articula y desarrolla la negociación colectiva, que son indisponibles para los interlocutores en cuanto a la denominación, composición, ámbito funcional y materias sobre las que pueden o deben negociar, de forma tal que la negociación tiene que articularse forzosa-mente a través de lo dispuesto en la ley, sin que exista un derecho a negociar al margen de la misma. Dicho de otra forma, la integración del derecho a la negociación colectiva en el contenido adicional al de libertad sindical se produce única y exactamente en la forma señalada por el legislador.

Ello explica que aunque la LOLS lleve a cabo un tratamiento unitario de la libertad sindical de los sujetos de una relación laboral y de los de una relación de carácter administrativo o estatutario (con las excepciones que ella misma señala) y no distinga entre unos y otros en punto al contenido de la libertad sindical y al derecho de las organizaciones sindicales en el ejercicio de la libertad sindical, introduzca una distinción acreditativa de la quiebra de dicho tratamiento unitario, precisamente al hilo de la negociación colectiva. Y así, las organizaciones sindicales más representativas gozan de capacidad para negociar colectivamente en los términos del Estatuto de los Trabajadores, pero en el ámbito del empleo público se dice que tienen capacidad para “participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación”. La LOLS deja abierta, en consecuencia, la posibilidad de que el legislador configure de una forma u otra dicha participación, posibilidad que no obstante tiene un límite: reconocido constitucionalmente el derecho de sindicación de los funcionarios públicos y teniendo en cuenta los Convenios internacionales

ratificados por España, el primero no está habilitado para privar a los segundos de toda posibilidad de participación efectiva en la determinación de sus condiciones de trabajo.

En el contexto descrito hemos de situar las disposiciones del EBEP reguladoras de la negociación colectiva de los funcionarios. ¿Cuáles son las líneas maestras del norma, cuyo artículo 31.2 precisa que por negociación colectiva se entiende el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración pública?

A) Comencemos indicando que el precepto reconoce el derecho a negociar, no el derecho a que la negociación se plasme en un instrumento jurídicamente vinculante. En el ámbito laboral, el derecho a negociar debe traducirse en un convenio de fuerza obligatoria (artículo 37.1 de la Constitución), pero en el nuestro no, correspondiendo al legislador decidir acerca de la eficacia jurídica del documento que refleja el resultado de las negociaciones. Si la doctrina constitucional conforme a la cual del derecho de sindicación de los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva ha quedado superada por la inclusión legal de ésta como contenido adicional de la libertad sindical de aquellos, pervive todavía la idea, igualmente presente en esa doctrina, de que la negociación no tiene porqué traducirse en instrumentos vinculantes.

El derecho a negociar, por lo demás, únicamente puede ejercerse a través de los procedimientos y por los sujetos predeterminados por la Ley (artículo 31.5 EBEP). Si en el ámbito laboral caben los denominados convenios *extraestatutarios*, no negociados ni concluidos de acuerdo con las reglas del Estatuto de los Trabajadores, en el funcional no, conclusión que ha de extenderse a la negociación colectiva de los demás empleados públicos pues también la de éstos está sometida a la Ley.

B) El legislador enuncia los principios a los que ha de sujetarse la negociación: legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia (artículo 33.1).

Son principios obvios, casi diría que elementales, que no requieren ninguna precisión adicional. Únicamente cabe recordar, en relación con el primero, que la jurisprudencia defiende tenazmente que la ley no puede considerarse una plataforma de mínimos mejorable en las mesas de negociación²⁰⁵ y que la STC 1/2003, de 16 de enero, ha señalado si la regulación del estatuto funcional está constitucionalmente reservada a la ley, ello no impide la colaboración de

205. La fórmula jurisprudencial ha devenido célebre: “las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permite que, por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de lo que lo que no está prohibido por la Ley está permitido y puede ser objeto de negociación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación”. Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1994 (RJ 9254), 16 de junio de 1995 (RJ 4994), de 30 de octubre de 1995 (RJ 7907) y de 4 de diciembre de 1995 (RJ 1564).

las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas, aunque por definición deba ser limitada, en la ordenación de la materia; en relación con el segundo, que los mismos argumentos utilizados para justificar la competencia del Estado para fijar en las leyes anuales de presupuestos los límites de las retribuciones de los empleados públicos se han utilizado para avalar la limitación en las mismas leyes de la oferta de empleo público por parte de las Administraciones Públicas, singularmente las autonómicas²⁰⁶; y, en relación con el tercero que la obligatoriedad se refiere al hecho de negociar de buena fe, no a que la negociación haya de concluir en un pacto o acuerdo.

De hecho, y al hilo de lo último que se acaba de mencionar, cabe recordar que la Ley prevé que la negociación no llegue a puerto, atribuyendo entonces a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas, como se ha mencionado ya, la potestad de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios (artículo 38.7 EBEP). Pensando en los policías locales, parece que habría que extremar el cuidado en la utilización de dicho mecanismo y postular el necesario agotamiento previo de las vías de solución extrajudicial de conflictos (artículo 45 EBEP). Si, en términos generales, la determinación unilateral de las condiciones de trabajo debe tenerse como una especie de solución última, tratándose de funcionarios que carecen del derecho de huelga dicha consideración debería extremarse; el artículo 38.7 no exige, aparentemente, que antes de acudir al mecanismo que habilita sea necesario ultimar las vías de solución extrajudicial mencionadas, pero bien puede defenderse que se trata de un requisito de orden institucional cuando los funcionarios están privados del ejercicio del derecho de huelga.

C) Se reserva la legitimidad negocial a las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como a los sindicatos que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de las mesas de negociación; mesas de negociación que no son las titulares del derecho, pues tal atributo pertenece a las organizaciones sindicales referidas²⁰⁷.

Cabe señalar que, en punto a la legitimidad negocial, el *Informe de la Comisión* hizo notar que

“la exclusión de cualquier intervención de las Juntas de Personal (o Delegados del personal funcionario) como sujetos legitimados para negociar colectivamente puede restar

206. Véase la STC 178/2006, de 6 de junio, FJJ 3 a 5.

207. Ello supone, por ejemplo, que son los sindicatos los legitimados para reclamar judicialmente la infracción del deber de negociar y no las mesas de negociación; véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 74/2005, de 4 de abril, relativa a determinados acuerdos municipales (entre otros, la aprobación de las bases de la convocatoria para la cobertura de la plaza de sargento de la policía local) adoptados sin que mediara la preceptiva negociación colectiva. La Sentencia resuelve el recurso de amparo interpuesto frente a la del TSJ de Valencia de 24 de diciembre de 2001 (JUR 2004/33133), que negó legitimación procesal al sindicato para impugnar los acuerdos citados a partir de la idea de que son las mesas las titulares del derecho a la negociación y las habilitadas para reclamarla si se omite.

agilidad y flexibilidad a la propia negociación colectiva y limitar su alcance real, especialmente en el caso, de nuevo, de las Entidades Locales de menor población, ya que los sindicatos pueden carecer de representatividad entre el personal de muchas de ellas. Además, no puede desconocerse que la representatividad de los sindicatos que negocian las condiciones de empleo de los funcionarios públicos no es, en absoluto, la misma, entre todos los grupos y colectivos de funcionarios y que algunos de éstos no se consideran adecuadamente representados por aquéllos.

Por eso creemos conveniente, apelando de nuevo al consenso en estas materias, que, mediante negociación colectiva en la Mesa General de las Administraciones Públicas, se pueda establecer para determinados ámbitos inferiores y, muy en particular, para las Entidades Locales que, además de los sujetos hoy legitimados, también puedan negociar colectivamente las Juntas de Personal y Delegados del personal funcionario. Como puede verse, se dejaría en manos de la Administración y de los sindicatos más representativos la posibilidad de variar o complementar en este punto la legislación básica”.

Es notorio que el legislador no ha seguido las sugerencias del Informe sobre el particular. No obstante, en la medida en que la negociación colectiva en el ámbito de la función pública se configura como un contenido adicional de la libertad sindical y de configuración legal, no hay obstáculo constitucional que impida que la legitimación negocial se reconozca exclusivamente a la organizaciones sindicales²⁰⁸ o, más precisamente, a las que reúnan determinadas condiciones de representatividad²⁰⁹. Por lo demás, la legitimación negocial por irradiación se limita a las organizaciones más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, pues todas las demás legitimadas han de haber obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones a delegados o juntas de personal en el ámbito electoral de la mesa de que se trate, lo que es relevante en las unidades de negociación constituidas en la Administración local.

D) En la configuración del *banco público*, el Estatuto introduce una novedad importante, acogiendo la sugerencia del *Informe de la Comisión*. Así, el artículo 33.2 permite a las Administraciones públicas “encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos

208. El artículo 40 EBEP deja claro que entre las funciones de los órganos de representación no se encuentra ninguna relacionada con la negociación colectiva. Cuestión diferente es que entre las materias objeto de consulta a los órganos de representación figuren algunas que son también objeto de negociación colectiva (establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, régimen de vacaciones y permisos), pero no se tratará de una negociación de dichas cuestiones; lo lógico es que la consulta tenga lugar después de ésta y que verse normalmente sobre la aplicación de los criterios acordados o pactados.

209. Según la STS de 19 de mayo de 1995 (RJ 4277), “[s]i, pues, ni de la Constitución ni de la normativa infraconstitucional de desarrollo se deduce la existencia de un derecho de negociación colectiva de todo sindicato, como contenido de la libertad sindical, y el existente se limita a sólo los sindicatos más representativos o a los simplemente representativos por su implantación en un concreto sector, los avatares concernientes a una pretendida negociación colectiva de un sindicato de funcionarios que carece de esas condiciones de representatividad (lo contrario reclamaría la correspondiente prueba, que ni se ha intentado), resultan cuestiones ajenas al derecho fundamental de libertad sindical, e inidóneas para alojarse en el restringido marco del proceso especial de tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales”.

de gobierno o administrativos con competencia para ello". Las razones aducidas en el Informe merecen ser recordadas ahora: en muchos casos, los representantes públicos se ven muy condicionados por elementos de carácter político, "de lo que pueden derivar consecuencias no siempre positivas para el interés público o extralimitaciones del marco legal establecido" y, además, "sobre todo en el caso de las pequeñas Entidades Locales, los negociadores pueden desconocer o conocer sólo parcialmente el alcance y el procedimiento de la propia negociación colectiva funcional".

E) Por limitarnos a la negociación en el ámbito local, debemos comenzar señalando que su ámbito objetivo puede ser más bien reducido. Por lo pronto, en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas se han de tratar todas las materias objeto de negociación "que resulten susceptibles de regulación estatal con carácter de norma básica, sin perjuicio de los acuerdos a que puedan llegar las Comunidades Autónomas en su correspondiente ámbito territorial en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública". Y será objeto específicamente de negociación en dicho foro "el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de la Administraciones Públicas que corresponda incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año"²¹⁰. Teniendo en cuenta que las Comunidades Autónomas disponen igualmente de competencias en materia de función pública local, cabe perfectamente que las mesas generales de ámbito autonómico negocien sobre materias de competencia autonómica pero que afectan al régimen de los empleados públicos locales, supuesto en el que la necesidad de que figuren en ella sindicatos con representatividad en la función pública local parece evidente.

Al igual que la legalidad precedente, el EBEP parte de la constitución de mesas de negociación en el ámbito de cada una de las entidades locales. La norma incorpora, con todo, dos previsiones de interés.

– En primer lugar, reconoce con carácter general la posibilidad de crear mesas sectoriales dependientes de las generales, "en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número" (artículo 34.4 EBEP). En realidad, tal posibilidad podía considerarse jurídicamente viable antes del Estatuto, pero ahora es clara y no está sometida a ninguna clase de debate²¹¹.

A primera vista, aquí se abre un campo propicio para la

210. Recuérdese que, como ya se ha dicho, la STC 178/2006 considera que las leyes de presupuestos generales del Estado pueden imponer límites a las ofertas de empleo público con cobertura en los artículos 149.1.13 y 156.1 de la Constitución.

211. El artículo 31.1 de la Ley 9/1987 disponía la creación de una serie de mesas sectoriales en el ámbito estatal y admitía que por decisión de la Mesa General de Negociación en dicho ámbito se pudieran constituir otras sectoriales "en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos". Como el citado precepto no tenía carácter básico, cabía sostener que la posibilidad que contemplaba podía ser también una realidad en los ámbitos diferentes al estatal.

negociación colectiva en el ámbito de la policía local en aquellas entidades que cuenten con cuerpos formados por un número significativo de funcionarios, que podrán negociar sus condiciones de trabajo en una mesa sectorial, dependiente de la general, en todo aquello que ésta no decida o explícitamente les reenvíe o delegue (artículo 34.5), respetando siempre los criterios de primacía y complementariedad, expresamente sancionados en el artículo 38.9 del Estatuto²¹². De hecho, la experiencia enseña que, en efecto, antes del EBEP se han constituido mesas sectoriales en este contexto, no existiendo razones que justifiquen que en lo sucesivo hayan de cambiar las cosas. Por lo común, los argumentos utilizados para justificar dicha constitución giran en torno a las especiales características de la función de la policía local, que parecen sin duda poderosas.

Al respecto cabe señalar que tales mesas sectoriales se caracterizarán por constituir unidades de negociación de la determinación de las condiciones de trabajo de un *cuerpo de funcionarios*, motivo por el que cabe temer que se introduzcan en el proceso criterios corporativos y ajenos a una visión de conjunto de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la entidad local respectiva. De todas formas, y dado que la composición del *banco social* obedece a los mismos criterios que la de las mesas generales, quizá no sea improbable que los sindicatos policiales no estén presentes en la mesa sectorial, por lo que las organizaciones sindicales legitimadas para negociar podrán hacerlo teniendo en cuenta dicha visión de conjunto, aunque sin perjuicio de reparar en las específicas singularidades funcionales de la policía local. Cabe, no obstante, valorar una hipótesis que quizá pueda servir para que los sindicatos de la policía local sí estén representados en las mesas sectoriales.

Me refiero a la posibilidad que el artículo 39.4 EBEP brinda a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de “modificar o establecer unidades electorales en razón del número y especialidades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan”. Merced a ello, y supuesta la constitución de una unidad electoral en el ámbito de la policía local, los sindicatos profesionales podrían figurar en la mesa sectorial si obtienen el 10 o más de los representantes en las elecciones a delegados y juntas de personal.

– Novedad destacada es el reconocimiento de la legitimidad negocial de las asociaciones de municipios así como de las entidades locales de ámbito supramunicipal, pudiendo

212. Sobre el significado de dichos criterios podemos traer a colación lo indicado en el Acuerdo de 20 de mayo de 2008, de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado (BOE de 6 de junio de 2008). El de primacía supone que en las mesas distintas a la general las partes no pueden modificar los criterios generales acordados en ésta ni plantear temas distintos a los expresamente encomendados en ella; en virtud del criterio de complementariedad, “los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior de negociación, cuando aborden una materia ya regulada en un acuerdo de ámbito superior no podrán modificar lo acordado, limitándose exclusivamente a complementar, cuando proceda, el acuerdo del ámbito superior”.

los municipios adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en dicho ámbito. De igual modo, se contempla que una Administración o Entidad pública pueda “adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal (artículo 34.2).

La norma proviene de la sugerencia del *Informe de la Comisión*, en el que podemos leer que

“la práctica viene demostrando la existencia de algunos problemas en el ámbito de la Administración Local, ya que en muchos pequeños municipios la negociación colectiva no existe y en otros parece conveniente llevar a cabo una negociación en ámbitos supramunicipales, para homogeneizar las condiciones de empleo del personal y facilitar un procedimiento de negociación más objetivo y riguroso”, proponiéndose al efecto “reconocer la legitimación negociadora de las asociaciones de municipios, así como la de entes locales intermedios, de creación legal o de base asociativa, áreas metropolitanas y otras agrupaciones de municipios legalmente previstas, así como que la negociación colectiva pueda realizarse en un marco provincial por las Diputaciones Provinciales o Forales o, en su caso, la Comunidad Autónoma”.

Con independencia de otras consideraciones, no cabe duda de que el mecanismo puede ser útil para resolver problemas reales de negociación colectiva en pequeños municipios. La duda que se suscita en este punto es si el espacio supramunicipal de negociación puede servir para la determinación de las condiciones de trabajo de los cuerpos de policía local y sólo de ellos. Esto es, ¿cabría una suerte de mesa sectorial y supramunicipal de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de policía local? Las mismas razones materiales que pueden avalar la constitución de mesas sectoriales dependientes de las generales de negociación en el ámbito municipal pueden hacerlo en el supramunicipal, sobre todo teniendo en cuenta que en España los cuerpos de policía local compuestos por un número llamativamente exiguo de funcionarios (dos, cuatro, seis, ocho) son numerosos. Por otra parte, en la respuesta no ha de influir que desde la Ley Orgánica 16/2007, citada al principio, esté prevista la asociación de municipios limítrofes pertenecientes a una misma Comunidad Autónoma para la prestación de los servicios de policía local pues en el mejor de los casos se tratará de una suerte de mancomunidad cuyo objeto es el señalado, circunstan-

cia que no avala la constitución de una unidad supramunicipal de negociación de la que pueda desgajarse lo relativo a la policía local.

– En cuanto a las materias objeto de negociación, cabe señalar que aquí no existe ninguna particularidad digna de mención. La práctica enseña que los acuerdos versan sobre cuestiones diversas: calendario laboral (jornadas y horarios), compensación de festivos y turnos nocturnos, compensación de los servicios extraordinarios, vacaciones, compensación por asistencia a juzgados, posibilidades de cambio de los servicios, descanso entre jornadas, salud laboral, etc.

No parece necesario que nos detengamos en ello salvo para señalar que en la determinación de las condiciones de trabajo debe tenerse muy presente el interés público cifrado en la necesidad de conseguir un funcionamiento eficaz del servicio. De nuevo, las funciones de los cuerpos locales de policía impiden considerar que en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva los funcionarios aspiren únicamente a obtener el mayor número de ventajas posible, dentro de lo que se puede negociar. Esta legítima aspiración debe ir acompañada de la conciencia de que la tarea de la policía no es una más de las administrativas, sino una muy cualificada y de extraordinaria trascendencia social. Creo que asumir este planteamiento constituye una tarea todavía pendiente de cumplimentar, al menos hasta cierto punto, por parte de los sindicatos (de clase o profesionales) que, aunque han desempeñado un papel muy positivo, a veces da la impresión de que se refieren a los funcionarios de policía local como si fueran trabajadores de Derecho común o privado y no como lo que son, como agentes públicos dotados de medios y poderes de coacción y al servicio de unos cometidos muy especiales.

5. Reflexión final

Llevo más de veinte años escribiendo y hablando sobre la policía; deseo que pase por lo menos el mismo período de tiempo antes de reanudar el camino, que quisiera abandonar ya. A estas alturas, podría extenderme abusivamente e hilvanar un discurso acerca de la debilidad de los mimbres normativos del modelo policial español, pero centraré estas líneas postreras en el tema de los derechos colectivos en el ámbito de la policía local. Aunque entiendo que ninguna de las piezas del entramado jurídico de la policía es ajena a otras y que la visión de conjunto es siempre imprescindible,

cabe aislar coyunturalmente la señalada, que es por otra parte de la que me han pedido que hable.

El tema de los derechos fundamentales es muy delicado, recuerda a los ecosistemas más frágiles en los que la defensa misma del entorno requiere andar siempre con pies de plomo, sopesar las decisiones, frenar los impulsos e incluso tomar decisiones drásticas en apariencia anticonservacionistas. Y en el tema de los derechos fundamentales se debe asumir que el equilibrio y la mesura (que no la renuncia ni la claudicación) son determinantes. Como ciudadano, deseo tanto que los derechos fundamentales se expandan al máximo como tanto necesito que el sistema jurídico-público funcione engrasadamente y sin más chirridos que los estrictamente indispensables. Y el funcionamiento engrasado del sistema exige que todos tengamos presentes ciertas reglas del juego, que todos seamos conscientes de que además de los derechos existen las responsabilidades, las obligaciones, los deberes de lealtad institucional.

Pensando en los cuerpos de policía local y en el ejercicio de los derechos colectivos, me pregunto, honestamente, si siempre se tiene en cuenta debidamente que las misiones de las policías no son las de cualquier otro funcionario y que la extraordinaria relevancia social de las mismas exige una cierta contención; me pregunto si se tiene claro que los policías locales no son *trabajadores* en el sentido que lo son, por ejemplo, los empleados del servicio de parques y jardines, sino agentes de la autoridad (y autoridad a efectos penales) dotados de poderes de coacción legítima en quienes la sociedad ha depositado su confianza y a quienes ha conferido la importante facultad de portar armas y el derecho y el deber de utilizarlas legalmente en ciertas circunstancias. Ser policía implica ciertas renunciaciones en atención a las funciones que se asumen por el hecho de serlo; entre ellas, algunas concernientes al ejercicio de los derechos colectivos, que no puede pretenderse en parangón no ya con los trabajadores propiamente dichos, sino ni siquiera con el resto de los funcionarios públicos. No se trata ni mucho menos de postular la resurrección de criterios propios de la etapa predemocrática, sino de señalar que las misiones constitucionales y legales de los policías deben pesar a la hora de delimitar casuísticamente el contorno de los derechos colectivos de aquellos.

Pero también podríamos hablar de los responsables políticos (e incluso profesionales) de las policías locales. Aunque se aceptara la vigencia de la antigua y por tantos motivos discutible teoría de las relaciones de sujeción espe-

cial, es evidente que no es admisible la adopción de decisiones huera de motivación, arbitrarias y caprichosas, organizadas intelectualmente (es un decir) sobre la idea abstracta de mando y jerarquía o sobre nociones tales como las necesidades del servicio que no llegan a concretarse inteligiblemente. Si, en ocasiones, las reivindicaciones de los policías locales y el modo en que se presentan merecen crítica por lo dicho en el párrafo anterior, en otras las decisiones administrativas son acreedoras del mismo juicio por lo que se comenta en éste. Bien está que seamos conscientes de que los derechos colectivos de los policías no pueden plasmarse en facultades por completo idénticas a las de los demás funcionarios, bien está que asumamos que es viable la introducción de ciertas restricciones, pero no menos imprescindible es que la operación se realice conforme a parámetros objetivos y razonables, plenamente sometidos a control jurisdiccional y situados en las antípodas del mero voluntarismo.

Las reflexiones anteriores no apuntan a nadie en particular, son genéricas e inofensivas. Me queda una mucho más concreta que emito porque, como decía hace un momento, llevo más de veinte años mezclado de una forma u otra con la ordenación jurídica de la policía, circunstancia que me lleva a preguntarme por cuál puede ser mi eventual cuota de responsabilidad en una situación que no es satisfactoria (ni en el punto que nos ocupa ni en otros muchos). Naturalmente, no me considero autor cuyos escritos hayan influido en nada pues no tengo esa autoridad, pero, ¿y si quizá hubiera dicho alguna vez algo de todo lo anterior? ¿No tenemos también los juristas académicos una responsabilidad por omisión?

En un artículo periodístico titulado “El uso de la libertad”, publicado en *El País* el 27 de marzo de 1993, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, alejado ya de la Presidencia del Tribunal Constitucional e incorporado a la Cátedra de Historia del Derecho de la Autónoma de Madrid, escribió que “[c]omo profesor que soy, no acuso a otros, sino que reflexiono sobre los resultados de un sistema en el que constituyo un mínimo engranaje”. Y un poco más adelante, “[d]ando conferencias o explicando lecciones del programa o escribiendo sentencias, acaso nos hemos dedicado con entusiasmo de ingenuos neófitos a definir el contenido esencial de cada derecho, olvidando poner quizá el mismo énfasis en la enseñanza del límite. Pero la libertad razonablemente ejercida consiste en el cuidado del límite: no en el esfuerzo por no llegar hasta el límite, sino en la noble preocupación por

no transgredirlo; y ello no tanto por miedo a la sanción por la eventual transgresión como por respeto al otro”.

He dado conferencias, he explicado lecciones del programa, he escrito sentencias y suscribo punto por punto las palabras de Francisco Tomás y Valiente, ésas y otras muchas que no se refieren a nada relacionado con nuestro tema pero que sí lo hacen en el fondo en la medida en que tocan la entraña del Estado y de su racionalización. Quisiera que estas páginas fueran entendidas como una modesta contribución, todo lo burda y precaria que se quiera, a la afirmación de los derechos colectivos en el ámbito de la policía local, pero también a la conciencia del límite y al buen hacer de las Administraciones públicas (en realidad, al único hacer que tienen permitido, salvando los errores inevitables). No sé si con ellas restaño faltas antiguas, pero ahí quedan.

Nota bibliográfica

Para una visión del conjunto del modelo policial español y del lugar que en él ocupan las policías municipales, J. BARCELONA LLOP: *Policía y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1997; *Sobre el modelo policial español y sus posibles reformas*, Madrid, Fundación Alternativas, 2006. Específicamente referidos a las policías municipales, J. BARCELONA LLOP: “La ordenación jurídica de las policías locales en España: una visión de conjunto”, en el volumen colectivo, coordinado por él mismo, *Régimen de la policía local en el Derecho estatal y autonómico*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 17 sigs.; “Dos aspectos del régimen jurídico de las policías locales en España: las funciones y la organización”, *Cuadernos de Derecho Local* n.º 7, 2005, pp. 151 sigs.; “La policía local en funciones de policía judicial”, de próxima publicación.

A algunas de las cuestiones tratadas aquí me he referido con carácter general en el capítulo 3 de *Policía y Constitución*, cit., así como, algo más tangencialmente, en “Una aproximación al principio de jerarquía en las Instituciones Penitenciarias y en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, *Documentación Administrativa* n.º 229 (monográfico sobre el principio de jerarquía en la Administración), 1992, pp. 159 sigs. Además, y también con carácter general, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER: “El estatuto de los policías según la jurisprudencia constitucional” y M. FERNANDO PABLO: “Las libertades públicas de los policías”, ambos en el volumen colectivo *Policía y seguridad: análisis jurídico-público*, Oñate, HAAE/IVAP, 1990 (y el del primero igualmente en *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 61, 1989); del propio M. FERNANDO PABLO: “Policía y libertad sindical: desarrollo constitucional y desarrollo estatutario”, *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 18, 1987, pp. 25 sigs.; S. DEL REY GUANTER: “Los derechos colectivos en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, *Revista de Trabajo* n.º 84, 1986, pp. 65 sigs.

Afirman que puede dudarse razonablemente de la constitucionalidad del artículo 6.8 LOFCS (prohibición del derecho de huelga), I. ALBIOL MONTESINOS, L. M. CAMPS RUIZ, J. LÓPEZ GANDÍA, T. SALA FRANCO: *Derecho del Trabajo*, tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 (4.ª ed.), p. 640; lo mismo

en T. SALA FRANCO, I. ALBIOL MONTESINOS: *Derecho sindical*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 (8.ª ed.), p. 547. A juicio de J. J. DÍAZ SÁNCHEZ (*El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 164-165), se debe cuestionar la compatibilidad de la prohibición con el texto constitucional. En idéntico sentido, S. TORRENTE GARI: *El ejercicio del derecho de huelga y los servicios esenciales*, Barcelona, Cedecs, 1996, p. 161. En cambio, R. GONZÁLEZ DE LA ALEJA (*La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico-críticas*, Granada, Comares, 1999, p. 349) entiende que “dentro del amplísimo campo de actuación que la propia Norma Fundamental permite al legislador, el mismo ha escogido y regulado, acaso, la opción más limitativa y represiva del derecho de las *constitucionalmente posibles*” (cursiva mía). Por su parte, J. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ (*El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Ed. Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 78-79) sostiene que la opción legal es plenamente constitucional a partir de la idea de que el derecho de huelga está íntimamente relacionado con la libertad sindical, por lo que, dice, permitiendo el artículo 28.1 introducir en esta peculiaridades “esto es lo que se hace no reconociendo el derecho de huelga a estos funcionarios”. Sin embargo, creo que tal explicación puede servir para los funcionarios de policía cuyo régimen sindical cuenta, en efecto, con peculiaridades, mas no para los de policía local cuya libertad sindical no conoce ninguna. En cualquier caso, valga una remisión en bloque a dicha monografía en la medida en que constituye el más reciente tratamiento sistemático de la huelga en la función pública.

Acerca de la negociación colectiva de los funcionarios públicos en general, la literatura anterior al EBEP es muy abundante; pueden verse, por ejemplo, P. GÓMEZ CABALLERO: *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994, pp. 275 ss.; T. SALA FRANCO, A. BLASCO PELLICER y J. A. ALTÉS TARREGA: *La negociación colectiva en el empleo público*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 145 ss.; y ya muy próximos al EBEP, J. RIVERO LAMAS y A. L. DE VAL TENA: “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n.º 68, 2007, pp. 197 ss. A la vista del Estatuto, monográficamente, R. ROQUETA BUI: *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado público*, Madrid, La Ley, 2007. Además, y entre otros, J. RIVERO LAMAS y A. L. DE VAL TENA: “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”, en VV. AA.: *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Granada, Comares, 2008, pp. 331 ss.; T. SALA FRANCO: “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en M. Sánchez Morón (dir.): *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 289 ss.; J. MAURI I MAJÓS: “Las relaciones colectivas en el empleo público local”, en A. Palomar Olmeda (coord.): *El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local*, Granada, CEMCI, 2007, pp. 651 ss.

La cita final de F. TOMÁS Y VALIENTE corresponde, como se dice en el texto, a un artículo periodístico que ahora puede consultarse con facilidad en su recopilación de escritos, publicada muy pocas fechas después de que fuera asesinado por E.T.A. y ultimada por el autor en diciembre de 1995, *A orillas del Estado*, Madrid, Taurus, 1996, pp. 107-109 (también en sus *Obras completas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, tomo III, pp. 2391-2393).

4

Negociación colectiva y procesos de selección.

Marco de participación de la negociación colectiva: posibilidades y límites

Manuel Férez

Profesor Titular de derecho administrativo de ESADE-
Universitat Ramon Llull

“Estos días azules y este sol de la infancia”,
probablemente el último verso de don Antonio Machado,
en recuerdo del sesenta aniversario de su muerte.

1. Consideraciones preliminares

Estas breves reflexiones pretenden ser continuación y complemento de lo explicado en este seminario por MAURI, en cuanto a las materias objeto de negociación, y BOLTAINA, en relación con la participación de los representantes de personal en los procesos de selección, cuyos análisis suscribo totalmente en el marco de las siguientes consideraciones.

La primera consideración es sobre la concepción de los procesos de selección en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Entiendo que en el marco de la negociación colectiva se debe partir de una concepción amplia de los procesos de selección entendidos genéricamente como todo lo relacionado con el acceso al empleo público: sistemas de acceso, órganos de selección, formación para el acceso, acceso a un nuevo puesto mediante promoción interna, Ofertas de empleo público, Planes de recursos humanos, procesos de funcionarización empleo temporal, diseño de puestos y perfiles competenciales, además de los sistemas de reclutamiento (entendido como la adopción de mecanismos para disponer de candidatos cualitativamente adecuados y cuantitativamente suficientes por ejemplo, por ejemplo, bolsas de trabajo).

La segunda consideración se refiere a dos hechos que han contribuido a enturbiar la negociación colectiva en el sector público y, en especial, en relación con los procesos de selección. El primero hecho es el predominio de prácticas que han venido desbordando el marco jurídico ante un modelo de negociación confuso y controvertido, al albur de una jurisprudencia demasiadas veces contradictoria, lo que llevó a la Comisión de Expertos para la elaboración del EBEP²¹³ a decir que “Todo ello ha originado una situación real de manifiesta inseguridad jurídica”. Un botón de muestra es el siguiente artículo, vigente hasta la aprobación del EBEP, cuya redacción “identificando” materias

213. En septiembre del año 2004 se constituyó la denominada Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, nombrándose presidente de la misma al profesor Miguel SÁNCHEZ MORÓN, por decisión del entonces Ministro de Administraciones Públicas Jordi SEVILLA. En abril del año 2005 la Comisión finalizó su trabajo que ha sido publicado como Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005 (también se puede consultar en la página Web del propio Ministerio).

negociables era un campo abonado para las interpretaciones más dispares: *“Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de ley”* (art. 32, j).

El segundo hecho es el progresivo desprestigio de los procesos de selección cuando falla alguna de las siguientes perspectivas en el cumplimiento de las funciones que los diferentes actores tienen asignadas y que ahora aparecen sistematizadas en el EBEP:

La perspectiva del poder: entre la responsabilidad y la arbitrariedad. La actuación de quien ostenta el poder de decidir sobre el nombramiento de los funcionarios o sobre la contratación del personal laboral puede oscilar entre la responsabilidad de hacer cumplir los principios de igualdad, mérito y capacidad en el acceso a un empleo público (art. 55.1, 59 y 61.1) y la arbitrariedad para encubrir la selección de una persona previamente determinada por intereses políticos o personales.

La perspectiva del control: entre la garantía y la influencia. La participación de representantes del personal en los procesos de selección debe cumplir una función de garantía para que a todos se les apliquen las mismas reglas garantizando la libre concurrencia (art. 61.1), pero puede degenerar en la influencia al limitarse a intentar conseguir un puesto para los afiliados de la correspondiente organización sindical, profesional o política.

La perspectiva de la gestión: entre la eficacia y el mero trámite. La principal función del gestor público es ser eficaz (arts. 55.2. f y 61.4), siempre dentro de la legalidad (art. 55.1), a la hora de garantizar la adecuación de los contenidos de las pruebas y méritos a valorar (arts. 55.2. e y 61.2) así como la imparcialidad y profesionalidad de los miembros del órgano de selección (Arts. 55.2. b y 60.1.b) para que al final del proceso sean nombrados los mejores candidatos, lo cual se puede frustrar si el proceso de selección se diseña y realiza como mero trámite para cumplir las garantías formales.

Una tercera consideración tiene que ver con el modelo de negociación del EBEP. Conviene remarcar que el EBEP reduce el ámbito material de la negociación colectiva en un triple aspecto: primero, ampliando la lista de materias excluidas (por ejemplo, la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo); segundo, limitando la capacidad negociadora en determinadas materias (por ejemplo, en relación con el acceso y la clasificación de pue-

tos); y, tercero, reforzando la perspectiva de la gestión (por ejemplo, con la nueva redacción del art. 37.2.a – que ahora sólo obliga a negociar cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos- o con la exclusión expresa de la negociación de lo relativo a los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica –art. 37.2.e). Creo que es importante que todos los negociadores sean conscientes de esta reducción del ámbito de negociación, entre otras cosas, para romper esa tendencia histórica de forzar los límites del modelo.

Por último, se aborda de forma residual al final de la ponencia el análisis de la única materia que, sorprendentemente, aparece como de negociación potestativa en el EBEP: la posibilidad de que las Administraciones Públicas negocien las formas de colaboración de las Organizaciones Sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos que, aunque formalmente, aparece referido al personal laboral, nada impide hacerlo extensible a los funcionarios (art. 61.7). Tras el exhaustivo y lúcido análisis realizado por BOLTAINA sobre este tema tan sólo me cabe intentar realizar alguna matización.

2. Límites de la negociación: materias excluidas relacionadas con el acceso.

2.1. Materias excluidas de la negociación y directamente vinculadas con el acceso

El art. 37.2.e) del EBEP establece que queda excluida de la obligatoriedad de la negociación “La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”. Está es la redacción excluyente de la posibilidad de negociar en materia de acceso que había propuesto la Comisión de Expertos, pues entendía que lo relacionado con el acceso al empleo público afecta a un derecho fundamental – paradójicamente negado por el propio Tribunal Constitucional al personal laboral del sector público- (art. 23. 2 CE) y al ejercicio de potestades públicas necesarias para garantizar los principios de igualdad, mérito, capacidad, objetividad, etc. (art. 55 EBEP). Pero el texto final del EBEP se apartó parcialmente de la recomendación de la Comisión de Expertos al admitir un ámbito de negociación en esta materia, ya que según lo previsto en el

art. 37.1.c) serán objeto de negociación: “Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso...”. En este intento del legislador de básico por contentar a los expertos y a los sindicatos está la explicación de la contradictoria redacción de los dos apartados del art. 37²¹⁴: por un lado, se dice que serán objeto de negociaciones determinadas “normas” relativas al acceso y, por otro lado, se excluye de la negociación la “regulación” del acceso. Parece que lo sensato es interpretar que una cosa negociar normas que se limitan a fijar criterios generales en materia de acceso (como analizaremos más adelante) y otra diferente negociar la regulación concreta de cada uno de los elementos del acceso al empleo público, que es la parte excluida de la negociación en la que ahora nos centraremos.²¹⁵

Lo relevante de este art. 37.2.e) del EBEP es que deja al margen de la negociación “la determinación concreta” de los elementos esenciales del acceso:

Los sistemas de acceso. Esto supone que no es negociable ni la estructura ni el contenido del sistema de selección a utilizar, de tal manera que el único límite para la administración convocante será la correcta aplicación de lo establecido en el art. 61. del EBEP.

Los criterios concretos sobre que alternativa de selección utilizar en relación con el sistema concreto; por ejemplo, cuando se pueda optar entre oposición y concurso-oposición para los funcionarios (art. 61.6) y, además, concurso cuando se trate de personal laboral (art. 61.7).²¹⁶

La concreta composición de los órganos de selección en cumplimiento de lo establecido en el art. 60 del EBEP, sobre cuya controvertida aplicación volveremos al final de esta ponencia.

Los procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Cada administración decidirá unilateralmente si sus procesos selectivos tendrán carácter abierto garantizado la libre concurrencia o si serán restringidos en el marco de la promoción interna (art. 61.1) y, asimismo, decidirá sobre la estructura y contenido de tales procedimientos (art. 61.2, 3 y 5). Si aceptamos que en este precepto el legislador ha utilizado conscientemente la idea “promoción profesional” en el mismo sentido que en el art. 16, esto es, como sinónimo de carrera profesional, entonces la capacidad de decisión unilateral de la correspondiente administración pública va más allá de la promoción interna y se extiende a las diferentes modalidades de carrera, incluida la tradicional modalidad de carrera vertical que conlleva acceso a un nuevo puesto (art. 16.3 y 4). Creemos que está es

214. Tal y como lo ha explicado Remedios ROQUETA BUJ en su libro *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007 (pp. 297 y 298).

215. Resulta clarificadora la interpretación de Joan MAURI en “La negociación colectiva”, capítulo del libro dirigido por Salvador del REY GUANTER *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007: “En este caso hay que lamentar la utilización de la expresión “regulación y determinación concreta” para la delimitación del campo que debería quedar al margen del proceso negociado, ya que el artículo 37.1 c) del EBEP prevé que serán objeto de negociación las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera y provisión, lo que sin duda provocará una innecesaria confusión. A nuestro juicio aquello que ha de ser objeto de negociación son las normas reguladoras de estas materias mientras que deberían quedar excluidas de la misma las resoluciones y actos administrativos, incluso los que pueden ser definidos como actos generales, que pertenecen al estricto campo de la gestión y administración del personal en el que los sindicatos no deben introducirse por constituir el núcleo esencial de la responsabilidad atribuida a los órganos activos de la administración pública.”

216. Este puede considerarse uno de los “puntos negros” de la reforma en materia de selección, pues se ha desaprovechado, una vez más, la oportunidad de romper con la inercia de establecer una diferenciación de regulación entre funcionarios y laborales allí donde es especialmente importante que reciban el mismo trato como empleados públicos: ser seleccionados por el mismo sistema cuando

la interpretación coherente, pues actúa como límite a las previsiones del art. 37.1.c) cuando establece la obligatoriedad de negociar las normas que fijen los criterios generales de la carrera.

La principal consecuencia práctica de la exclusión estos elementos esenciales del acceso es que quedan fuera del ámbito negociador las bases generales y específicas que regulan los procesos de selección y de promoción interna así como las convocatorias concretas.

2.2. Materias excluidas de la negociación e indirectamente relacionadas al acceso

El análisis del apartado e) del art. 37.2 del EBEP debe ser completado con la identificación de cómo afectan a la determinación de los límites de la negociación en relación con el acceso otras materias excluidas que podemos calificar de transversales, porque se derivan de la doble naturaleza de las administraciones como poderes público y organizaciones al servicio de los ciudadanos. Analicemos brevemente estas materias desde la perspectiva del acceso²¹⁷.

A nuestros efectos, la materia transversal excluida más relevante es relativa a “Las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización” (art. 37.2.a). Es interesante remarcar que, ante una materia sobre la que existe un gran margen de ambigüedad interpretativa, la Comisión de Expertos distingue una triple acepción: poderes de estructuración de competencias y órganos administrativos, poderes de elección de las modalidades de gestión y poderes de dotación o asignación de medios. Esta triple acepción aplicada al acceso nos conduce a que, por ejemplo, desde la perspectiva organizativa, deben ser excluidas de la negociación las decisiones relativas a la aprobación de las relaciones de trabajo pues, de acuerdo con lo establecido en el artículo 74 del EBEP “Las Administraciones públicas estructurarán su organización a través de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares...”, y desde la perspectiva de la dotación o asignación de medios deben quedar excluidas las decisiones relativas a la aprobación de las plantillas de personal.²¹⁸

Está llamado a ser objeto de controversia doctrinal y jurisprudencial, por tratarse de una diferenciación un tanto forzada jurídicamente, el hecho de que el legislador básico trate como una materia diferenciada de la potestad organizativa a “Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica” (art. 37.2.d)²¹⁹. A nuestro entender,

han de realizar funciones similares.

217. Partimos del análisis de estas materias no negociables realizado por Joan MAURI en “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 y de los escrito por Remedios ROQUETA BUJ en El derecho de negociación colectiva..., ob.cit.

218. Sobre la estructuración de empleo público destaca el análisis de Rafael JIMÉNEZ ASENSIO “Estructura del Empleo Público en el Estatuto Básico del Empleado Público” en el libro dirigido por Luis ORTEGA ÁLVAREZ Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, El Consultor de los Ayuntamientos, 2007 y las reflexiones de Josep ALDOMÀ “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público” en la obra colectiva dirigida por Salvador del REY GUANTER Comentarios al Estatuto Básico..., ob.cit.

219. “ 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.”, Joan MAURI “L'objecte de la negociació col·lectiva...”, ob. cit.

se busca reforzar el ámbito de la gestión de personal, que es una de las ideas fuerza que reflejan en la exposición de motivos del EBEP, tomando como referencia una equiparación con los poderes de dirección en la empresa privada. Lo relevante es que esos poderes dirección, imprescindibles para una adecuada gestión de personal, ya no tienen el límite que el párrafo segundo del art. 37.2.a) ha fijado para las potestades de organización cuando de su ejercicio tenga repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, pues en estos casos deberán negociarse dichas condiciones; por tanto, se podrá dar la paradoja de que esas mismas condiciones sobre el mismo puesto de trabajo no deberán ser objeto de negociación cuando sean fruto de los poderes de dirección. En el propio EBEP podemos encontrar una referencia explícita al ejercicio del poder de jerarquía “*en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas*” (1.3 j) complementado con lo previsto en el art. 71.2, lo que a efectos del acceso, entendido en el sentido amplio que viene interpretando el Tribunal Constitucional y que incluye el derecho al mantenimiento del puesto y a la promoción²²⁰, supone que estamos hablando de decisiones que pueden afectar tanto al desempeño del puesto como a su configuración, lo que puede acabar siendo un elemento clave tanto para mantenerse una vez que se ha sido seleccionado como para acceder por promoción a un nuevo puesto (lo que en su vertiente organizativa tiene su reflejo en el art. 71.3).

Por último, en la medida que está excluidas de la negociación colectiva “La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo” (art. 37.2.c), porque en muchos casos son la “otra parte negociadora”, esto supone que no pueden ser negociables sus concretas condiciones de acceso (art. 13.4 EBEP).

3. Posibilidades de la negociación: materias relacionadas con el acceso que deben ser negociadas

Comparto plenamente el razonamiento de MAURI según el cual la lista de materias que “serán objeto de negociación” debe interpretarse de manera restrictiva, rompiendo de esta forma con la tendencia expansiva que ha venido caracterizando nuestro modelo de negociación colectiva en el sector público. Así interpreta este autor el sentido de la lista del art. 37.1 del EBEP, cuyas argumentaciones creo que

220. Ver al respecto las Sentencias 75/1983, de 3 de agosto, y 47/1990, de 20 de marzo

vale la pena reproducir in extenso porque señalan un norte que no conviene perder:

“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.

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 atènyer-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.”²²¹

3.1. Materias directamente vinculadas con el acceso que deben ser negociadas

El legislador básico ha optado por seguir la línea jurisprudencial mayoritaria que realizaba una interpretación más restrictiva en relación con el ámbito de negociación en materia de acceso ante la redacción totalmente abierta de la LORAP, que mantenía la originaria formulación del año 1987 al establecer la obligatoriedad de la negociar “g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos”. Ahora, el art. 37.1.c) del EBEP acota esta materia a la negociación de “Las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso”, lo cual se refuerza, como hemos visto, con la prohibición de negociar “la regulación y determinación concreta” de los aspectos esenciales del acceso (art. 37.2.e). Por tanto, sólo deben ser negociadas normas, lo que en el mundo local nos lleva necesariamente a las normas reglamentarias o convencionales, y no cualquier clase de norma sino tan sólo aquellas normas “que fijan los criterios generales”, por lo tanto tam-

221. Joan MAURI “L’objecte de la negociació col·lectiva...”, ob. cit. p. 53.

bién quedan excluidas las posibles reglamentaciones específicas en materia de acceso. Esta concepción de la negociación en materia de acceso obliga a cada administración local a valorar en que normas es más adecuado fijar esos criterios generales, con independencia de las formas que puedan adoptar esas normas: en los propios Acuerdos, Pactos y Convenios Colectivos, un Reglamento general de acceso al empleo público local, en el Reglamento orgánico, en el Plan cuatrienal de acción local, en los presupuestos anuales, en un Plan de modernización, etc.

222. Al respecto se puede ver un ejemplo de esos criterios generales de negociación en el IV Acuerdo de Formación continua en las Administraciones Públicas (BOE 19-11-2005).

3.2. Materias indirectamente vinculadas con el acceso que deben ser negociadas

En el art.37.1 del EBEP podemos identificar un listado de materias que inciden sobre el acceso, ya sea desde la vertiente organizativa, planificadora o gestora, siempre con el límite de que se trata sólo de negociar “criterios generales”, con independencia de que se formalicen en normas, en actos o acuerdos administrativos.

a) Materias de carácter organizativo.

Partiendo del concepto de materia organizativa apuntado por la Comisión de Expertos, al cual nos hemos referido al hablar del art. 37.2.a, podemos entender que las siguientes materias afectan al acceso, en el sentido amplio que hemos definido en las consideraciones preliminares de esta ponencia:

La clasificación de puestos. Según el art. 37.1.c deben negociarse “Las normas que fijen los criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo”. El puesto de trabajo se reafirma como la piedra angular del empleo público (Arts. 73.4 y 74 EBEP), de ahí la enorme importancia de que el diseño de puestos y los perfiles competenciales estén bien hechos porque acaban condicionando los procesos de selección (desde el régimen jurídico del puesto – funcionario, laboral o eventual- hasta los sistemas de selección, promoción y provisión). Lo que no podrá ser objeto de negociación es la aprobación de los instrumentos en los que se plasma el resultado de la clasificación de puestos: las relaciones de puestos o instrumentos organizativos similares (art. 74).

La formación en sentido amplio, tanto para el acceso como para la promoción interna o para la carrera. Deberán negociarse “Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna” (art. 37.1.e). Este es uno de los ámbitos donde existe mayor tradición negociadora y donde la práctica contribuido ir clarificando los criterios generales de negociación,²²²siendo aconsejable

que cada entidad local elabore su propio Plan de Formación.

b) Materias relativas a la planificación de los recursos humanos.

En el sector público este es un tema que empieza a ponerse de moda a mediados de los años noventa del siglo pasado, pero en el que todavía queda un largo camino por recorrer. En cualquier caso, el EBEP refleja las ambigüedades existente en cuanto a su formulación, pero sin reproducir el error del entrar a definir el proceso de elaboración de lo conocidos, y casi nunca aplicados, Planes de Empleo (art. 69). Lo que ahora debe negociarse son tanto “Las normas que fijen los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos (art. 37.1.a) como “Los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos (art. 37.1.m). Con independencia de lo poco afortunada de esta doble referencia a la planificación, en relación con el acceso la negociación puede referirse a los criterios generales relativos al reclutamiento (bolsas de trabajo), al empleo temporal (acceso y consolidación –art. 10 y disposición transitoria 4ª del EBEP), a los procesos de funcionarización (disposición transitoria 2ª del EBEP), etc.

c) Materias relativas a la gestión de las personas.

Resulta bastante evidente que el EBEP se ha hecho un amplio eco de las preocupaciones y sugerencias que la Comisión de Expertos ha realizado en materia de gestión de de las personas, al ser consciente de que esta es una de las claves del éxito o fracaso de la puesta en práctica de esta nueva reforma. Como ya hemos explicado anteriormente, a la hora de la negociación un límite es el del ejercicio de los poderes de dirección (art. 37.2.d), que el legislador básico ha decidido diferenciar de las potestades de organización. Por ello hemos de acotar el ámbito de la negociación en gestión de personal a las siguientes materias:

Evaluación del desempeño²²³. Estamos ante una de las principales novedades de la nueva reforma, y el art. 37.1.d del EBEP establece que deben ser negociadas “Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño”. Los criterios generales más relevantes ya se encuentran definidos en el propio EBEP (transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación-art.20.2), por ello, desde la perspectiva del acceso en sentido amplio el contenido de la negociación tiene que ver con los efectos que se le atribuyen a la evaluación a efectos

223. Sobre el tema de la evaluación del desempeño resulta especialmente clarificador lo escrito por M.Carme NOGUER “La evaluación del desempeño” la obra colectiva dirigida Salvador del REY GUANTER Comentarios al Estatuto Básico..., ob.cit.

de acceso a un puesto por promoción interna o a la posibilidad de mantenerse en el puesto en función de los resultados de un proceso continuado de evaluación (art. 20.4).

Las ofertas de empleo público. Aunque originariamente la oferta de empleo público (OEP) concibió como un instrumento de planificación se ha acabado consolidando como un instrumento de gestión; esta naturaleza híbrida tiene reflejo en el propio EBEP, pues por un lado incluye la OEP en el capítulo dedicado a la planificación (capítulo primero del Título V) y por la otro la equipara a un instrumento de “gestión de la provisión de las necesidades de personal” (art. 70), lo que en el sector privado se resolvería diciendo que se trata de un instrumento de planificación a corto plazo. En relación con el acceso lo relevante es que no se negocia el contenido de una oferta concreta, tan sólo los criterios generales con lo que se elaborarán y aprobarán las diferentes ofertas de empleo público (art. 37.1.l), por tanto, los criterios sobre estructura de la oferta (apuesta por el personal funcionario y/o por el personal laboral, sistema selección predominante, potenciación de la dedicación a tiempo parcial, consolidación del personal temporal, temas relacionados con la promoción interna y con la carrera, etc.) y ejecución de la misma (ofertas parciales, plazos de ejecución, etc.).

Movilidad funcional y geográfica (art. 37.1.m). Este es, sin duda alguna, uno de los temas más controvertidos desde la reforma del año 1984: los sindicatos vienen reclamando insistentemente un modelo de movilidad transparente y lo más reglado posible, mientras que a los gestores defienden un modelo que les de el máximo de discrecionalidad. Parece que, una vez más, habremos de esperar a que los legisladores que han de desarrollar el EBEP quieran y se atrevan a abordar este tema, yendo más allá de las actuales regulaciones que a nadie parecen contentar. El EBEP vincula la movilidad a los Planes para la ordenación de sus recursos humanos, que podrán contener “Medias de movilidad entre las cuales podrán figurar las suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito i la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen” (art. 69.2.c), por tanto, desde la perspectiva del acceso a determinados puestos lo que se podrán negociar son los criterios generales sobre cuando y como incentivar o limitar ese acceso. Asimismo, habrá que distinguir cuando la voluntad es voluntaria (art. 81.1) o forzosa (art. 81.2) y si la movilidad es definitiva o provisional (art. 81.3), pues en

cada caso el ámbito de la negociación dependerá del origen de la movilidad (por ejemplo, si se trata de un plan de ordenación de recursos humanos lo que habrá que negociar son los criterios generales, pero si trata de una “necesidad urgente inaplazable” la negociación deberá referirse a los criterios para objetivar esa decisión de cobertura especial y los mecanismos y plazos para su resolución con carácter definitivo).

4. De la (¿ambigua?) teoría a la práctica: el debate en torno composición de los órganos de selección.

Para el mundo local la nueva regulación de la composición de los órganos de selección contiene dos novedades. La primera novedad afecta por igual a todas las Administraciones públicas: en la composición se debe “tender” a la paridad entre mujer y hombre (art. 6o.1 EBEP). Mientras que la segunda novedad, en cuyo análisis nos detendremos, debería tener un impacto especial en el mundo local y en algunas Comunidades Autónomas: es la apuesta por potenciar el carácter imparcial, técnico y profesional de estos órganos de selección (art. 6o.1 EBEP), con la consiguiente despoltización (art. 6o.2 EBEP) y desgremialización (art. 6o.3 EBEP) en su composición. Aunque este tema ha sido ya tratado en este seminario de forma rigurosa y profunda por BOLTAÏNA, cuyo análisis comparto, ante las lógicas resistencias que se están produciendo ante este importante cambio considero necesario intentar ahondar sobre algunas de sus argumentaciones, ahora avalladas por la interpretación del MAP.²²⁴

Es evidente que nos encontramos ante un auténtico cambio cultural, pues las nuevas reglas de juego limitan el poder en los procesos de selección tanto de los políticos como de los representantes del personal o de organizaciones representativas de intereses sectoriales (sindicales, corporativos, etc.). Por ello, el trayecto a recorrer para conseguir una plena aplicación de las nuevas reglas discurre por aguas procelosas y especialmente peligrosas, de un lado, para los juristas que deben cumplir con deber de asesorar en su cumplimiento y, de otro, para los gestores que deben ponerlas en práctica pues, siguiendo con la inspirada metáfora griega de SÁNCHEZ MORÓN sobre el viaje de Ulises, temen ser aplastados por los que tienen el poder de cesarlos (Escila) o por los que les pueden hacer muy difícil

224. Esta instrucción del MAP para el mundo local viene a paliar parte de los efectos de una ceremonia de confusión que él mismo y otras Administraciones autonómicas y provinciales han creado mediante la publicación de unas instrucciones interpretativas del EBEP, que en algunos casos era reproducción literal del mismo y en otros realizaban interpretaciones contradictorias entre sí.

la gestión a través del conflicto permanente (Caribdis). Para constatar que está melodramática²²⁵ afirmación es fundada basta leer las bases generales o específicas de la convocatorias, los Pactos, Acuerdos y Convenios firmados después de la entrada en vigor del EBEP; enseguida se comprueba como esta nueva norma básica es infringida desde el más descarado cinismo (citando su propio articulado como legitimador de los acuerdos que lo contradicen) hasta un retorcimiento de la norma que, en los tiempos que corren, puede alcanzar la sospechosa categoría de “ingeniería jurídica”. Vayamos por partes.

La primera consecuencia de la aplicación del art. 6o.2 del EBEP en el mundo local es que el alcalde deja de ser el presidente nato, puesto ya no pueden formar parte de los mismos “El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual” (art. 6o.2 EBEP). En un primera lectura, que a mi entender es la correcta, se ha interpretado que “ningún tribunal u órgano de selección podrá tener en su composición políticos o personas designadas políticamente, interinos o eventuales”. Esto supone romper definitivamente con la tradición en el mundo local por la que el alcalde es el presidente nato de los tribunales como máximo responsable del personal. Sin embargo, se empieza a cuestionar esta interpretación entre algunos de los asistentes a los diferentes seminarios y jornadas sobre el EBEP, porque entienden que la utilización del término “personal” con la que se inicia este apartado 2 supone excluir al alcalde y demás miembros de la Corporación que no tienen la condición jurídica de “personal” a la vista de lo establecido en el art. 8 del EBEP. No me parece un interpretación defendible, a pesar de la inadecuada utilización técnica del término, en tanto en cuanto supone desvirtuar la voluntad del legislador al dejar sin contenido la expresión relativa al “personal de elección”, cuando esta es la expresión que proponía el Informe EBEP para excluir a los políticos locales y que el EBEP ha recogido literalmente. El MAP ha publicado en su página Web unos “Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local” en los que defiende la siguiente interpretación:

“Debe entenderse por personal de elección política los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra f) del artículo 4 del Real

225. Según el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española una de las acepciones de melodrama es la siguiente: “Obra teatral, cinematográfica o literaria en que se exageran toscamente los aspectos sentimentales y patéticos, y en la que se suele acentuar la división de los personajes en moralmente buenos y malvados, para satisfacer la sensiblería vulgar”.

Decreto 896/1991, Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimientos de selección de Funcionarios de Administración Local.

El personal de designación política no debe identificarse con quienes son nombrados por el procedimiento de libre designación, incluidos los funcionarios con habilitación de carácter estatal, ya que esta es una forma de provisión de puestos de los funcionarios de carrera, no una clase de personal”

En segundo lugar, llama la atención que ante la exclusión de los cargos y puestos representativos y de confianza no se contenga una referencia expresa al personal de las organizaciones sindicales y corporativas en el texto finalmente aprobado del art. 60.3 del EBEP, tal y como había propuesto el Informe CEBEP y como estaba en la redacción originaria del proyecto de Ley que se presentó en el Congreso de los Diputados y que decía así:

“3. 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.”

Pero en la tramitación parlamentaria, tras negociar los grupos parlamentarios con los representantes sindicales, se acabó adoptando esta otra redacción, que es la que ha quedado como definitiva:

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

La justificación se basaba en que no era necesario “señalar” expresamente a los representantes sindicales o de personal, pues la nueva fórmula impedía cualquier tipo de “mandato” a la hora de formar parte de los tribunales. Sin embargo, como señala SÁNCHEZ MORÓN²²⁶, para alguien que lea el texto sin conocer los antecedentes este apartado puede quedar vacío de contenido porque los sindicatos han conseguido sustituir la referencia que se hacía a ellos por una remisión a “nadie”; así lo explica:

“Cómo 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.”

Sin embargo, SÁNCHEZ MORÓN defiende la siguiente postura:

226. “Acceso al empleo público y adquisición de la relación de servicios” capítulo del libro dirigido por el propio Miguel SÁNCHEZ MORÓN Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, editorial Lex Nova, Madrid, 2007 (páginas 407 y 408).

“Ahora bien, el precepto, con la redacción que tiene, necesita una interpretación. Y esta no puede llevar sino a vedar que organizaciones representativas de intereses de cualquier tipo nombren, designen o tengan la facultad de proponer miembros de los órganos de selección, pues si se les otorga ese poder se genera en realidad un vínculo de representación, aunque no formalizado.”

Esta es la interpretación que también defiende en el MAP en sus citados “Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local” y así lo explica:

“La pertenencia a los órganos de selección lo será siempre a título individual y no en la representación o por cuenta de nadie. En consecuencia, no pueden aceptarse propuestas ni actuaciones en nombre de órganos unitarios de representación del personal, organizaciones sindicales, colegios profesionales o cualquier otra entidad representativa de intereses.”²²⁷

Los funcionarios de carrera que presten sus servicios en otras administraciones públicas pueden formar parte de los órganos de selección de las Corporaciones Locales siempre que no ostenten una representación orgánica o institucional de aquellas.”

Pero en la práctica se está desvirtuando esta opción del legislador por unos órganos de selección cuyos miembros sean imparciales y profesionales, lo que, no olvidemos, es la justificación del poder especial que se les concede mediante la técnica de discrecionalidad técnica de que están dotados estos órganos. (art. 55.2.c y d EBEP). La burla del EBEP se está produciendo por dos vías. La primera, por la vía de hecho: no hay propuesta formal de los sindicatos o representantes sindicales pero estos le “hacen llegar” al alcalde sus candidatos por los más variados conductos y así se salva la apariencia de legalidad pero se incurre en un manifiesto fraude de ley. Y la segunda vía, mediante la aprobación de nuevas Bases especiales o generales, Acuerdos, Pactos y Convenios, que podemos ejemplificar en las dos siguientes modalidades:

a) Admitir la designación de un miembro del Tribunal a propuesta de la representación del personal. Se comienza afirmando que “Los Tribunales Calificadores de los procesos selectivos para el ingreso de personal se designarán a tenor y de conformidad con lo señalado en el art. 6o de la Ley 7/2007 de 12 de abril por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público.”²²⁸ Y continuación se procede a la aprobación de una composición ilegal: “Tres vocales,

227. Comparto el criterio de MAURI y BOLTAIÑA cuando interpretan que en el concepto de “entidades representativas de intereses” no deben incluirse los Institutos o Escuelas de Administración Pública o entidades similares, pues son organizaciones públicas una de cuyas funciones es precisamente proporcionar nombres de especialistas que respondan a los criterios de profesionalidad, imparcialidad e independencia. Así lo explica MAURI: “El criterio de que la pertenencia a los órganos de selección se produzca siempre a título individual sin ostentar representación, ha planteado de una forma indirecta la presencia en los órganos de selección de representaciones de otras administraciones públicas o de escuelas o institutos de administración pública que actúan como órganos técnicos calificados en tareas específicas de selección de personal. A nuestro juicio estas representaciones garantizan una integración plural del órgano de selección y aportan una calificación técnica de difícil sustitución, son por tanto una garantía del principio de profesionalidad y imparcialidad del proceso selectivo que no debería ser cuestionada.” Diccionario de empleo público dirigido por Federico CASTILLO BLANCO, editorial Iustel, Madrid, 2009. Pero creo que en el mundo local hay un debate pendiente: ¿en qué medida la existencia de esa representación debe armonizarse con el principio de autonomía local?, en otras palabras ¿es decisión de la Entidad Local convocante decidir si acepta o no que en la composición del órgano de selección haya algún miembro propuesto por el correspondiente Instituto o Escuela de Administración Pública de su ámbito autonómico?

228. Diputación de A Coruña

uno de ellos/as lo será a propuesta de los órganos de representación de los/as empleados/as municipales”(o, en su caso, de la correspondiente Junta de Personal de la Diputación)²²⁹. Esta es una interpretación que, sorprendentemente, está avalada por la Instrucción de la Generalitat de Catalunya de 6 de junio de 2007 en relación con su personal laboral, al que, siguiendo a BOLTAÏNA, entendemos es de plena aplicación el art. 6o EBEP, cuya finalidad principal es hacer real y efectivo los principios de imparcialidad los miembros y de independencia de los órganos de selección del personal funcionario y laboral previstos en el art. 57.2. c) y d) del mismo EBEP.

b) Mantener la presencia de la representación del personal en los órganos de selección mediante la institucionalizando la figura del observador. Esta es una figura que no cuenta con una regulación legal previa, pero que comienza a extenderse para posibilitar la presencia de los representantes de personal en los órganos de selección con voz y sin voto. Hemos identificado dos modalidades de regulación:

- la primera, como una alternativa obligatoria al hecho de que ninguno de los vocales sea miembro del Comité de Empresa o de la Junta de Personal: “Si ninguno de estos vocales es miembro del Comité de Empresa a título individual por no ajustarse ninguno de sus miembros al principio de profesionalidad contemplado en el artículo 6o de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se designará un miembro del Comité de Empresa para que asista al proceso de selección como observador, con voz y sin voto”²³⁰;

- y la segunda modalidad como una alternativa potestativa: “Además de los miembros que forman parte del Tribunal de selección, en las sesiones en que se establezca podrán asistir, con voz pero sin voto, un observador titular, y un suplente, designados conjuntamente por la Junta de Personal y el Comité de Empresa. Estos observadores tendrán acceso, si lo quieren, a los expedientes de calificación de los aspirantes, y podrán solicitar que sus observaciones consten en las actas de las sesiones correspondientes.”²³¹ Después de la aprobación del EBEP, tal y como explica MAURI²³², entiendo que no existe fundamento alguno para legitimar la presencia de esta figura en los órganos de selección, a pesar de la sugerente interpretación que propone BOLTAÏNA del art. 61.7 EBEP y que deja abierta la puerta a esta posibilidad con muchas matizaciones.²³³

229. Diputación de Barcelona

230. Diputación de Girona

231. Ayuntamiento de Barcelona

232. “Alternativamente se plantea la posibilidad de que representantes de las organizaciones sindicales o de los órganos unitarios puedan integrarse en los órganos de selección como asesores, con voz y sin voto, o como observadores sin voz ni voto, pero conservando en cualquier caso el derecho a ser convocados y a asistir a las reuniones del órgano de selección, con la finalidad, se dice, de controlar el proceso selectivo y mejorar las garantías de transparencia y imparcialidad que se afirman del mismo, en lo que no deja de ser un cierto fraude en la intención del legislador que ha querido alejar de los órganos de selección la influencia de aquellas representaciones del personal que pueden influir en la selección de nuestros empleados públicos. Lo cierto es que la figura del observador no existe en nuestro derecho de función pública en lo que hace referencia a la composición de los órganos de selección y la posible utilización de asesores especialistas se limita a la colaboración técnica en materias de su especialidad y no a servir de canal indirecto a través del cual se haga presente el sindicato en el proceso de selección.” Joan MAURI en el Diccionario de empleo público dirigido por Federico CASTILLO BLANCO, editorial lustel, Madrid, 2009.

233. BOLTAÏNA utiliza indistintamente los términos observador o asistente y enmarca su interpretación en la necesidad de dotar de contenido colaboración de las Organizaciones Sindicales en función de lo establecido en los convenios colectivos del personal laboral al amparo de las

Pero el rechazo a la posible institucionalización de la figura del observador en el seno de los órganos de selección tras la nueva regulación del EBEP no debe ocultar la otra cara importante del debate: ¿cómo debe elegirse a los miembros del órgano de selección? Desde una perspectiva teórica caben las siguientes modalidades, que pueden utilizarse de forma exclusiva o combinada: por decisión directa del poder político (alcalde, presidente de diputación, etc.), con criterios orgánicos (el jefe de personal, el secretario de la Corporación, un representante del departamento que necesita cubrir la vacante, etc.), con criterios de especialidad no corporativa (especialista del sector público y del sector privado), con criterios de representatividad (política, sindical, corporativa, gremial, etc.), mediante sorteo entre personas habilitadas (el caso de la selección del profesorado universitario) o mediante la creación de órganos permanentes especializados e independientes. ¿En cuales de estas modalidades tiene sentido la figura del observador? El sentido común nos dice que cuando la composición no reúne las suficientes garantías de imparcialidad y profesionalidad. Esto suele suceder cuando existe una decisión directa del poder político y cuando la composición se realiza con criterios de representatividad, pues en ambas modalidades está presente la sombra de la parcialidad y de la influencia para condicionar el resultado final (cada cual tiende a defender sus candidatos). Asimismo, se ha demostrado que esa parcialidad también se acostumbra a dar en la modalidad de sorteo entre personas habilitadas cuando entre estas existe un fuerte componente corporativo, siendo el ejemplo clásico el del profesorado universitario, donde suele combinarse la endogamia para defender al candidato de “casa”²³⁴ con las luchas “tribales” entre diferentes “escuelas” o grupos de interés dentro de una determinada disciplina académica, donde las alianzas para el reparto de plazas está por encima de la idoneidad de los candidatos. En nuestras Administraciones Locales se suelen combinar el criterio orgánico, con el de especialidad y con el político, pues no olvidemos que el alcalde o presidente de diputación tiene un gran margen de discrecionalidad para designar al presidente del órgano de selección y a los vocales no orgánicos.

Quede simplemente apuntado este debate, que conveniría se abordara en el desarrollo legislativo del EBEP tanto por el propio Estado como por las Comunidades Autónomas, especialmente a la hora de decidir si se apuesta de verdad por la que parece la modalidad más acorde

posibilidades que abre el art. 61.7 EBEP: “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. 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: 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. 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.”

234. Tradicionalmente a dos miembros del Tribunal los proponía la propia Universidad convocante, con lo que bastaba con conseguir el apoyo de un miembro foráneo para tener la mayoría necesaria para su candidato, por eso coloquialmente se hablaba de la plaza de “José Ramírez”, que era el que más posibilidades tenía de “ligar un trio en el Tribunal. pues se asumía que debía ser el ganador de la convocatoria porque “ya le toca”.

con la complejidad e importancia de los procesos de selección: la prevista en el art. 61.4 cuando establece que “Las Administraciones Públicas podrán crear órganos especializados y permanentes para la organización de procesos selectivos, pudiéndose encomendar estas funciones a los Institutos y Escuelas de Administración Pública”. Esta puede ser la mejor alternativa para los problemas que en el mundo local plantean los procesos de selección, pero respetando el principio de autonomía local, de tal manera que sea una opción voluntaria a la que se puedan acoger ayuntamientos y para los que se convertiría en un verdadero servicio a prestar por las administraciones públicas supramunicipales.²³⁵

235. Esta es una idea que en Catalunya se había formulado en el año 2005 en el Llibre Blanc de la Funció Pública Catalana al recomendarse la creación de una Oficina Pública de Selecció como un “organisme especialitzat i professional que, per compte i en representació de les administracions catalanes, dugui a terme tots els procediments que s’inicien amb la publicació conjunta de les diferents ofertes públiques d’ocupació i finalitzen després d’haver gestionat de forma integrada els procediments de reclutament i d’accés a la funció pública” (Recomanació n° 55, p. 223).

5

La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas.

Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes.
El papel del comité de empresa en la negociación de la mesa de materias comunes.

Remedios Roqueta Buj
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

1. Introducción

Los dos sistemas de negociación que conviven en el seno de las Administraciones Públicas, el funcional y el laboral, estaban sometidos a regímenes jurídicos diferentes. En efecto, la negociación colectiva de los funcionarios y asimilados se canalizaba a través de los procedimientos de consulta y negociación establecidos en el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP)²³⁶. El personal laboral tenía, en cambio, en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), la regulación de su derecho a la negociación colectiva²³⁷.

Pues bien, de conformidad con los apartados 1 y 7 del art. 31 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)²³⁸, los “empleados públicos” tienen derecho a la negociación colectiva en los términos previstos en el presente Estatuto. Pese a que la expresión “empleados públicos” engloba tanto a los funcionarios como a los contratados laborales, el art. 32 de EBEP prescribe que la negociación colectiva, representación y participación de estos últimos “se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”. De este modo, el derecho a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por el Título III del ET y no por el Capítulo IV del Título III del EBEP. La Ley 7/2007 mantiene así la dualidad de regímenes jurídicos aplicables a los funcionarios y al personal laboral de las Administraciones Públicas. A este respecto, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP señala que para establecer un régimen negocial común para ambos colectivos sería necesaria una ampliación de las competencias de la negociación colectiva funcional, asimilándolas a las previstas en el ET, o, a la inversa, una restricción de la autonomía colectiva laboral en las Administraciones Públicas a los límites de la función pública o semejantes, lo que implicaría cambios muy importantes y restrictivos en la legislación laboral.

Ahora bien, el EBEP viene a reconocer la existencia fáctica de una negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas, elevando a la letra de la ley lo que ya existía en la práctica, si bien con dificultades de aceptación jurisprudencial.

236. Por todos, ROQUETA BUJ, La negociación colectiva en la función pública, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. Por lo demás, en cuanto a la negociación colectiva de los funcionarios locales ver ROQUETA BUJ, “El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales”, Poder Judicial, núm. 43-44, 1996; “Descentralización de servicios públicos locales y derechos colectivos de los empleados públicos”, Relaciones Laborales, núm. 17, 1998; “La negociación colectiva en la función pública local”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma, núm. 279, 1999; “Los Acuerdos Mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma, núm. 280-281, 1999; “La negociación colectiva en la función pública local”, en AAVV, III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias, Edita la Consejería de Presidencia/Viceconsejería de Administración Pública, Gobierno de Canarias, 1999; “La negociación colectiva de los funcionarios locales”, en AAVV, Tratado de Derecho Municipal, Tomo II, Dirigido por Santiago Muñoz Machado, Editorial Civitas, Madrid, 2003; y “El contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local”, Revista de Estudios de la Administración Local y Autónoma, núm. 294-295, 2004.

237. Existen importantes diferencias de régimen jurídico entre ambos sistemas de negociación colectiva. No es éste, desde luego, el momento oportuno de analizar e inventariar comparativamente de modo exhaustivo los regímenes

2. La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral anterior al Estatuto Básico del Empleado Público

En resoluciones judiciales anteriores a la entrada en vigor de la Ley 9/1987, en las que se discutía la validez de convenios unitarios para trabajadores y funcionarios de las Administraciones Públicas, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, había declarado su nulidad en base al carácter estatutario de la relación funcional y a la falta de regulación en este ámbito de la negociación colectiva²³⁹. En este sentido, el citado Tribunal señalaba que en todo caso la inclusión en un mismo convenio colectivo de funcionarios (contenido entonces ilegal) y de empleados en régimen laboral (ámbito este último en el que la negociación colectiva sí era posible) viciaba de por sí al convenio como un todo, pues, como decía la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982, de 27 de julio, de la legislación vigente no era posible racionalmente inducir un principio básico que no fuera el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales y que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas sólo era posible legalmente cuando se trataba de personal sometido al Derecho laboral, pero no, en cambio, en relación al personal vinculado al Derecho administrativo, sin que fuera posible escindir la unidad del convenio²⁴⁰.

Esta posición del Tribunal Supremo tenía un fundamento sólido, pero no expresaba una opinión definitiva. En sus resoluciones judiciales se afirmaba que los funcionarios públicos no tenían garantizado ni constitucional ni legalmente el derecho a la negociación colectiva. Siendo esto así, era inevitable que se rechazara el principio de equiparación de sistemas de negociación entre el personal laboral y funcionario dependiente de la Administración Pública.

Ahora bien, una vez se reconoció el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, se abría una perspectiva nueva ante el tema. Así lo reconocía el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 1993 (RJ/7856) al decir que en el supuesto que aquí se planteaba el convenio combatido fue suscrito bajo la vigencia de la Ley 9/1987, la cual servía de cobertura dialéctica de los argumentos esgrimidos en el debate en defensa de las respectivas posiciones. En consecuencia, debía dilucidarse si los respectivos ordenamientos de la negociación colectiva (el de las relacio-

nes jurídicas de los sistemas de negociación colectiva y laboral. Sobre las peculiaridades de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas ver SALA FRANCO, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, I.N.A.P., Madrid, 1989, págs. 56 y ss; ROQUETA BUJ, "El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado", R.T.S.S., núm. 11, 1993, págs. 33 y ss, y "Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la Administración Pública", XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, ACARL, Madrid, 1994, págs. 137 y ss; SALA FRANCO y otros, *La negociación colectiva en el empleo público*, Madrid, 2001, págs. 13 y ss; y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, "La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas", en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco, Valencia, 2006, págs. 699 y ss.

238. En cuanto a la regulación del EBEP en materia de negociación colectiva ver, por todos, ROQUETA BUJ, *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007; SALA FRANCO, "Los derechos colectivos de los empleados públicos", en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 294 y ss; AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007; MAURI MAJÓS, "La negociación colectiva", en

nes estatutarias de los funcionarios públicos y el de las relaciones laborales de los trabajadores) ofrecían entre sí el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual, y para ello, debían ponerse en relación los componentes básicos de los respectivos sistemas.

En este sentido, la STS de 22 de octubre de 1993 (RJ/7544) subrayaba las siguientes diferencias de régimen jurídico entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral: a) la estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de negociación a que se refería el art. 31.2 de la Ley 9/1987, no era coincidente con la prevista en el art. 87.1 del ET para la constitución de la comisión negociadora; b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los arts. 32 y 34 de la Ley 9/1987, era manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el art. 85 de la Ley 8/1980; c) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el art. 35 de la Ley 9/1987 -al requerir la validez y eficacia de los Acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la Administración Pública respectiva-, no tenía correlación en la letra de los arts. 82 y 90.2 de la Ley 8/1980; d) la misma diferencia de régimen jurídico se observaba -en el supuesto de fracaso de la negociación-, entre lo establecido en el art. 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo; e) igualmente era notoria la diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativas a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tratándose de funcionarios (arts. 9.4 y 24 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial -LOPJ-), en tanto era competencia del orden social cuando concernían al personal laboral, fuera pública o privada la unidad empleadora (arts. 9.5 y 25 LOPJ).

Ahora bien, ¿estas diferencias tenían tanta trascendencia como para impedir la negociación conjunta de trabajadores y funcionarios? A juicio del Tribunal Supremo, sí. En este sentido, el citado tribunal afirmaba que la magnitud de las citadas contradicciones evidenciaba la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarcase conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral cuyo primer escollo se manifestaba en la dualidad de instancias jurisdiccionales en concurrencia. Por ello, procedía la declaración de nulidad de conformidad con los arts. 47.1.c) y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo²⁴¹.

Sin embargo, las diferencias subrayadas por el Tribunal Supremo o no eran tales diferencias o no tenían tanta tras-

AA.VV., Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, Madrid, 2008, págs. 371 y ss; y LÓPEZ GANDÍA, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto básico", en AA.VV., XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, El Estatuto Básico del Empleado Público, Murcia, 2008, págs. 247 y ss.

239. SSTS de 1 de marzo de 1983, 22 de octubre de 1986, 27 de enero de 1987, 29 de junio y 30 de octubre de 1992 (Rec. núms. 7758/1990 y 7756/1990), 18 y 22 de marzo de 1993 (Rec. núms. 9062/1990 y 9090/1990), 6, 16 y 30 de junio, 1, 12 y 18 de julio, 16 de septiembre y 2 de noviembre de 1994 (Rec. núms. 11277/1990, 1310/1991, 11276/1990, 1004/1991, 11273/1990, 1001/1991, 8263/1990 y 8785/1990).

240. STS de 18 de marzo de 1993.

241. En el mismo sentido, las SSTS de 29 de mayo de 1998 (Rec. núm. 4822/1995) y 16 de julio de 1998 (Rec. núm. 4466/1997).

endencia como para impedir la negociación conjunta de funcionarios y trabajadores²⁴². En realidad, la diferencia de jurisdicción a que se debía acudir para dirimir los contenidos que planteaba la aplicación de los Pactos y Acuerdos y los convenios colectivos que resultaban de la negociación conjunta del personal funcionario y laboral, según fueran funcionarios o contratados laboralmente, era lo que separaba a los dos sistemas de negociación que convivían en el seno de la Administración Pública. Esta dualidad jurisdiccional no impedía la negociación conjunta del personal funcionario y laboral. Nótese que esta anómala situación también se daba en relación con los Pactos y Acuerdos del sector sanitario, ya que la competencia para resolver los conflictos individuales y colectivos que se planteaban en relación con el contenido normativo individual de los mismos correspondía a los órganos del orden social o del contencioso-administrativo, según afectasen a los funcionarios sanitarios de las Administraciones Públicas o a los funcionarios sanitarios de la Administración de la Seguridad Social y personal estatutario, respectivamente.

Aunque no existían obstáculos a que trabajadores y funcionarios de las Administraciones Públicas negociasen conjuntamente sus condiciones de trabajo y a que los instrumentos negociales que resultasen se materializasen en un único documento, como quiera que era posible la impugnación del acuerdo mixto ante los tribunales del orden de la jurisdicción contencioso-administrativa, la falta de tradición tutelar de la misma con relación a los derechos colectivos de los funcionarios conducía a la declaración de su nulidad. Por ello, y como medida de precaución, lo más aconsejable era que, sin perjuicio de que se siguiera negociando conjuntamente las condiciones de trabajo de ambos colectivos, dicha negociación se materializase en instrumentos negociales distintos y formalmente separados según alcanzasen al personal funcionario o laboral, esto es, en Pactos y Acuerdos y en convenios colectivos, respectivamente. Y, si se quería dar un tratamiento igualitario a las relaciones de trabajo funcionariales y laborales, dicho igualitarismo podía obtenerse por la vía de incluir en cada uno de ellos una cláusula en la que se vinculase la suerte de ambos, de forma que la nulidad global o parcial de uno de ellos declarada por la jurisdicción correspondiente determinase la necesidad de renegociar el acuerdo o la cláusula en cuestión en relación a todo el personal tanto funcionarial como laboral.

Ahora bien, recientemente la STS de 13 de noviembre de

242. Por todos, ROQUETA BUJ, "Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial...", cit., págs. 137 y ss, y "Los acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales", R.E.A.L.A., núms. 280-281, 1999, págs. 291 y ss; LÓPEZ GÓMEZ, El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas, Madrid, 1995, págs. 427 y ss; RIVERO LAMAS, "El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites", Revista Aragonesa de Administración Pública, núms. 6-7, 1995, págs. 115 y ss; DEL SAZ, Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección), Madrid, 1995, págs. 102 y ss; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos, Barcelona, 1996, págs. 65 y ss; RUANO RODRIGUEZ, Constitución, Función Pública y Empleo Laboral, Pamplona, 1998, págs. 110 y ss; MARÍN ALONSO, La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos, Granada, 1999, págs. 3 y ss; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública", en AAVV, Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas (Volumen II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 2001, págs. 133 y ss; y GUILLÉN OLCINA, "Convenios, Pactos y Acuerdos Colectivos Mixtos. Hacia una negociación colectiva laboral y funcionarial conjunta en el ámbito de las Entidades Locales", en AAVV, La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a

2006 (Rec. núm. 5025/2001), ha tenido la ocasión de poner de manifiesto un problema adicional que planteaba la creación de una Mesa general conjunta para los funcionarios y laborales de una Administración Pública, a saber: la vulneración del derecho a la negociación colectiva de aquellos sindicatos que tenían derecho a participar en las mesas de negociación previstas en la LORAP por ser representativos entre los funcionarios y que, sin embargo, se veían privados de participar en la Mesa general conjunta por no ostentar una representatividad acumulada en los ámbitos funcional y laboral. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma que la creación de una Mesa general conjunta configurada sobre el principio de primacía menoscababa la acción negociadora de los sindicatos que no tenían acceso a ella, aunque sí intervinieran en la Mesa general o en las mesas sectoriales de negociación, ya que en relación con las cuestiones que los firmantes del Pacto o Acuerdo común hubieran abordado y negociado en esa Mesa general conjunta quedaba ya sensiblemente mermada, si es que no enteramente excluida, la posibilidad de que en los demás ámbitos de negociación se incidiera de manera efectiva sobre tales cuestiones. La superposición extra legem de un foro de negociación que operaba con primacía respecto a las mesas de negociación previstas en la Ley 9/1987, a juicio del referido tribunal, producía el efecto ya señalado de menoscabar la acción negociadora de quienes no habían tenido acceso a aquél. La ausencia de una norma que respaldase la creación de esa Mesa general conjunta sólo *“podría considerarse en alguna medida salvada al amparo de lo declarado por el Tribunal Constitucional en STC 85/2001, de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001, 85), donde se hace referencia a las mesas generales y sectoriales contempladas en el artículo 31 de la Ley 9/1987 como cauce para el ejercicio del derecho de los funcionarios a la negociación colectiva «...sin perjuicio, naturalmente, de la posible existencia de otras modalidades no contempladas legalmente y no formalizadas, y por ello en principio no obligatorias para las partes negociadoras»*. Por consiguiente, las Mesas generales conjuntas sólo podían alcanzar acuerdos informales o meros compromisos morales carentes de efectos jurídicos vinculantes para las partes en las reuniones que se celebrasen en las mesas legales.

propósito del Estatuto Básico del Empleado Público, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 277 y ss.

3. La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral en el Estatuto Básico del Empleado Público

3.1. La Mesa general común al personal funcionario y laboral

En este contexto y a fin de esquivar los problemas señalados, el art. 36.3 de la Ley 7/2007 prevé la creación de órganos de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores de las Administraciones Públicas; medida que la Ley 21/2006, de 20 de junio, había incorporado ya en la LORAP, concretamente en el apartado 2 de la nueva Disposición Adicional 6ª de esta disposición legal. En esta dirección, se dispone que *“para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación”*. Se prevé así la constitución de Mesas de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores al servicio de una misma Administración Pública, que permitirán sortear muchos de los problemas que la dualidad de sistemas de negociación -funcionarial y laboral- plantea en la gestión de personal, reducir los costes de las negociaciones y dar plena satisfacción al derecho de negociación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Contrariamente a lo que en un principio pudiera parecer, la inclusión de dicho personal en el ámbito de representación de estas mesas de negociación no va a suponer una restricción de la autonomía colectiva laboral, pues las mismas van a negociar una serie de materias y condiciones de trabajo (los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño; el incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; y los planes de Previsión Social Complementaria), que o bien se negociaban en el seno de las mesas de negociación de los funcionarios públicos en la que aquél no estaba representado, o bien debían respetar los mismos límites en los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral. Por ello, la negociación de estas materias no requería la separación de funcionarios y trabajadores. Antes al contrario, era aconsejable la consideración

conjunta de ambos colectivos en aras a la consecución de los principios de igualdad, economía normativa y eficacia administrativa.

El legislador no deja a la libre decisión de las partes negociadoras el establecimiento de la Mesa general común al personal funcionario y laboral²⁴³. Esta conclusión se obtiene a partir de la interpretación literal de la cláusula legal en que se prevé su creación, pues señala que *“se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación”* (art. 36.3 EBEP). Además, si se compara la redacción empleada en esta ocasión con la utilizada en el art. 34.4 del EBEP para permitir la creación de las Mesas sectoriales de negociación se corrobora esta afirmación.

Se trata de una mesa de negociación común al personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral están ideadas para negociar *“todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública”* (art. 36.3 EBEP), esto es, aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el EBEP y otras normas administrativas.

32. La composición de la Mesa general común al personal funcionario y laboral

La representación funcionarial y laboral

El apartado 3 del artículo 36 del EBEP establece que “son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación” (párrafo segundo) y que “también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate” (párrafo tercero). La Ley 7/2007 ha trasladado a las mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral de las

243. En el mismo sentido, MAURI MAJÓS, “Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., Estatuto Básico del Empleado Público, Madrid, 2007, pág. 309. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha interpretado que la constitución de la mesa de negociación común sólo será obligatoria cuando se opte por negociar conjuntamente para el personal funcionario y laboral. En sentido se expresa LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva...”, cit., págs. 322-323.

Administraciones Públicas el monopolio sindical de la negociación colectiva funcionarial, lo que supone un alejamiento de la negociación de tipo laboral. Por consiguiente, los comités de empresa y los delegados de personal no podrán participar en dichas mesas. Se viene a introducir una regulación propia de la legitimación negocial, el art. 36.3 del EBEP, que se sitúa en relación con el art. 87 del ET como norma especial y que prevalece sobre la regla general. Lo que no contraviene el Texto Constitucional, por cuanto que los comités de empresa y los delegados de personal son órganos de configuración legal y, consiguientemente, ostentan las competencias que la ley les reconoce.

La coexistencia de funcionarios públicos y trabajadores en el ámbito de representación de estas mesas de negociación abre muchos interrogantes: ¿las plantillas funcionarial y laboral han de considerarse globalmente o por separado?, ¿cuál es el criterio de reparto de los quince miembros que han de formar la parte social entre las organizaciones sindicales representativas?, ¿cuáles son las reglas a seguir para la válida adopción de los acuerdos negociales?, etc. Estos y otros interrogantes deberían haber sido resueltos por el legislador con mayor claridad, a fin de evitar que la falta de acuerdo entre los sindicatos, en torno a estos temas en los momentos previos a la negociación a la postre la hagan inviable.

Las Mesas generales comunes a personal funcionario y laboral se componen, en su parte social, por la fusión de los representantes del personal funcionario y laboral. De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del art. 36.3 de la Ley 7/2007, *“son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas”*, especificándose que se tomarán en consideración *“en cada caso”* los resultados obtenidos *“en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación”*. Por consiguiente, estarán legitimados para estar presentes en estas Mesas generales comunes los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico y los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 del conjunto de los representantes unitarios de los empleados públicos de la correspondiente Administración Pública. De esta forma, los sindicatos que carezcan de la condición de más representativos requerirán una representatividad acumulada en los ámbitos funcionarial y laboral²⁴⁴. No obstante, esta exigencia se

244. En el mismo sentido, VALVERDE ASENCIO, “Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: La Ley 21/2006”, T.L., núm. 87, 2006, págs. 98-99. En sentido contrario, LAHERA FORTEZA, “Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 129. Por lo demás, como subraya VALVERDE ASENCIO, la legitimación social corresponde a las organizaciones sindicales y no a las representaciones unitarias.

flexibiliza en relación con los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de las Administraciones Públicas (esto es, la CSI-CSIF)²⁴⁵. En efecto, de acuerdo con el párrafo tercero del art. 36 del EBEP, también estarán presentes en estas Mesas generales comunes, las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido “*el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate*” (en este caso, la conjunción es disyuntiva). Los sindicatos que cuenten con el 10 por 100 del conjunto de los representantes unitarios del personal funcionario y laboral de todas la Administraciones Públicas estarán presentes en estas mesas si obtienen el 10 por 100 de los representantes unitarios de los funcionarios o de los laborales de la correspondiente Administración Pública. Es decir, a estos sindicatos no se les exige la representatividad acumulada en los ámbitos funcionarial y laboral, siendo suficiente con que la acrediten en uno de ellos.

La representación de las organizaciones sindicales legítimas para estar presentes en las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral habrá de distribuirse en función de los resultados globales de las elecciones a todos los órganos de representación unitaria de la correspondiente Administración, tanto de funcionarios como de laborales (art. 36 EBEP), lo que plantea un problema adicional. En efecto, si se comparan los ámbitos de representación de los delegados de personal/juntas de personal y de los delegados de personal/comités de empresa en las Administraciones Públicas, se comprueba que, a pesar de que en esta materia las distancias entre lo funcionarial y lo laboral se han acortado²⁴⁶, lo cierto es que tales ámbitos generalmente no coinciden y que el ámbito de los primeros es mucho más amplio que el de los segundos²⁴⁷. Ello determina que los funcionarios estén infrarepresentados en comparación con los trabajadores de las Administraciones Públicas. Cotejando el número de representantes unitarios de los funcionarios y de los trabajadores y las plantillas a las que se corresponden, se ve como existe una cierta desproporción, en el sentido de que los trabajadores tienen un mayor número de representantes que los funcionarios. Ello va a determinar un mayor peso porcentual en el seno de las Mesas generales comunes de los sindicatos representativos del personal laboral, en detrimento de los sindicatos representativos del personal funcionarial, lo que no es de recibo. Al considerarse globalmente los resultados de las elecciones

245. A juicio de RIVERO LAMAS y DE VAL TENA, “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Comentario Sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007, Granada, 2008, pág. 369, la norma pretende congraciarse con los sindicatos de “clase”, bien de trabajadores o bien de funcionarios.

246. ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Acuerdo para la modernización de la Administración y para la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos”, R.L., núm. 5, 1992, pág. 83.

Aunque el EBEP, seguramente por error, ha derogado la Disposición Adicional 5ª de la LORAP donde se delimitaba el “centro de trabajo en las Administraciones Públicas” a efectos de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, debe tenerse en cuenta que no ha hecho lo propio con la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, que establece exactamente lo mismo que la Disposición Adicional 5ª de la Ley 9/1987.

247. Por todos, ROQUETA BUJ, “El ámbito de actuación de los comités de empresa y delegados de personal en las Administraciones Públicas”, T.S., nº 29, 1993, págs. 12 y ss, y “La participación de los empleados públicos de la Administración General del Estado en materia de prevención de riesgos laborales”, A.A., núm. 16, 2000, págs. 559 y ss; y PELAY LABRADOR, “El Estatuto Básico del Empleado Público y la negociación colectiva”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del*

nes a representantes unitarios de funcionarios y laborales, habría que equiparar sus ámbitos de representación. Por ello, y en tanto no se actúe en esta dirección, a la hora de repartir los puestos de la mesa negociadora entre los sindicatos con legitimación negocial, habría que ponderar no sólo el número de representantes, sino también las plantillas funcionarial y laboral de la correspondiente Administración Pública.

De acuerdo con el art. 35.1 del EBEP para que las mesas de negociación queden válidamente constituidas se exige que las organizaciones sindicales presentes en las mismas “representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate”²⁴⁸. En el marco de la LORAP no era necesario para la válida constitución de las mesas negociadoras que los sindicatos acreditasen una representatividad mínima de conjunto, careciendo de trascendencia el número y la representatividad que acreditasen las organizaciones sindicales que acudieran al llamamiento para negociar y que permanecieran en la mesa negociadora durante todos sus avatares²⁴⁹. De este modo, las mesas negociadoras quedaban válidamente constituidas cuando todos los sindicatos con legitimación negocial habían sido convocados y habían tenido la posibilidad de participar en las negociaciones en proporción a su respectiva representatividad, sin perjuicio de que lo hicieran o no y de cual fuera su representatividad mínima de conjunto. Esta solución presentaba riesgos nada desdeñables, pues permitía que la negociación se llevase a cabo por sindicatos con escasa representación²⁵⁰e, incluso, que la Administración Pública en concierto con uno o más sindicatos emplease técnicas dilatorias o desviacionistas con el propósito de marginar al resto de sindicatos legitimados, y concluir los Acuerdos y Pactos con aquéllos, más sumisos a sus intereses²⁵¹.

Por ello, y a fin de asegurar la cualificada representación de los intereses funcionariales afectados por la negociación, el EBEP traslada al ámbito de la función pública las reglas que rigen en el Derecho laboral y exige que las organizaciones sindicales presentes en la mesa negociadora representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de las representaciones unitarias en el ámbito de la negociación colectiva de que se trate. Ahora bien, esta medida constituye un arma de doble filo, pues existirán varios supuestos en los que será imposible la válida constitución de la mesa negociadora, a saber²⁵²: 1º) Cuando no se haya procedido a constituir estructuras de representación unitaria, bien por-

Empleado Público y su desarrollo legislativo, Zaragoza, 2007, págs. 180-181.

248. A propósito de la aplicación del art. 35.1 del EBEP a las mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas, LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva...”, cit., pág. 281.

249. Cfr. ROQUETA BUJ, La negociación colectiva en la función pública, cit., págs. 247 y ss. En el mismo sentido, GÓMEZ CABALLERO, Los derechos colectivos de los funcionarios, Madrid, 1994, pág. 299. Por su parte, CASAS/BAYLOS/ESCUADERO, “El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas”, R.L. núm. 6-7, 1990, pág. 61, afirmaban que la ley no requería ningún tipo de mayoría para la validez de los acuerdos, sino el tautológico requisito de llegar a un acuerdo con alguno de los sindicatos negociadores. Ello no obstante, y dado que los Pactos y Acuerdos ostentaban, al igual que los convenios colectivos estatutarios, una eficacia personal general, un sector de la doctrina propugnaba aplicar vía analógica el art. 88.1 del ET. De este modo, la mesa negociadora quedaría válidamente constituida cuando las organizaciones sindicales presentes en ella representasen, como mínimo, a la mayoría absoluta de las representaciones unitarias en el ámbito de la negociación de que se tratase. En esta línea, se expresaba CARRERA ORTIZ, “Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España”, R.E.D.T., núm. 38, 1989, págs. 274 y 275. Este autor afirmaba que la negociación colectiva se instrumenta sobre la base de la representatividad sindical y

que el número de funcionarios y/o de laborales no alcance el mínimo exigido, bien por el desinterés de los propios empleados públicos y sindicatos; 2º) cuando todos o la mayoría de los representantes unitarios de las unidades electorales comprendidas en el ámbito de la negociación sean independientes; 3º) cuando una organización sindical de máxima implantación no acceda a formar parte de la mesa negociadora, impidiendo a las restantes organizaciones sindicales comparecientes la consecución del referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos.

En todos estos supuestos, como no caben negociaciones al margen del EBEP, habrá que entender por tanto que nos encontramos ante un supuesto de desacuerdo en la negociación que permitirá a la Administración Pública hacer uso de la facultad que le confiere el art. 38.7 del EBEP de regular unilateralmente las condiciones de trabajo²⁵³. Ello no obstante, en el caso de las Entidades Locales, también cabrá la posibilidad de adherirse a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal o a los Acuerdos alcanzados por otra Entidad Local dentro del territorio de su Comunidad Autónoma (art. 34.2 EBEP), lo que permitirá cubrir los vacíos normativos consiguientes de una forma más respetuosa con el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos que determinando unilateralmente las condiciones de trabajo por la Entidad Local correspondiente.

La representación pública

Por parte de las Administraciones Públicas, en principio, no se plantean problemas, ya que los máximos responsables en materia de personal funcionario también lo son en relación con el personal laboral.

3.3. El ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral

La Mesa general común al personal funcionario y laboral es competente para negociar *"todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral"* de la correspondiente Administración Local (art. 36.3 del EBEP), esto es, aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el EBEP y otras normas administrativas²⁵⁴. Por consiguiente, la Mesa general común negociará las siguientes materias: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y

ésta, a su vez, viene conectada a los resultados de un proceso de elección democrática de representantes. Y consustancial a los procesos democráticos es el principio mayoritario, de donde cabía concluir, sin forzar el alcance de la norma y colmando una importante laguna, que era loable exigir por analogía con el art. 88.1 del ET que los sindicatos firmantes del Pacto o Acuerdo representasen, al menos, la mayoría absoluta de los representantes. De no ser éste el caso, entendía que el acuerdo era informal y no un verdadero contrato colectivo, careciendo de eficacia jurídica, de forma que el Gobierno u órgano de gobierno correspondiente podía y debía regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios. Igual solución propugnaban MARTÍNEZ GAYOSO, Las comisiones de seguimiento de Pactos y Acuerdos en la Función Pública, Basauri (Bizkaia), 2002, pág. 81; BENGOTEXEA ALKORTA, Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública, Valencia, 2005, pág. 152; y CRUZ VILLALÓN, "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", en AA.VV., Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas, Sevilla, 2006, pág. 102. Por su parte, OJEDA AVILÉS, si bien inicialmente postuló la indiferencia jurídica del número de organizaciones sindicales que acudieran al llamamiento y permanecieran en la mesa negociadora, fundamentando esta afirmación en el hecho de que las negociaciones no eran self-executing ("Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 7/1990, de 12 de mayo", R.L., núm. 8, 1988, pág. 21), posteriormente sostuvo que las negociaciones con cadencias superiores a las del

evaluación del desempeño; el incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; y los planes de Previsión Social Complementaria. Estas materias, que constituyen el núcleo “duro” del régimen estatutario del empleado público, están reguladas en el EBEP por normas comunes al personal funcionario y laboral y, por lo tanto, permeables a la relación de empleo público.

En cuanto al resto de materias, aunque el ámbito y límites de la autonomía colectiva laboral son sustancialmente menos restrictivos que los de la negociación colectiva funcionarial, aquélla podría actuar dentro del marco de esta última. No obstante, la negociación de estas materias por un órgano de negociación común para el personal funcionarial y laboral con efectos jurídicos vinculantes, no sólo para las partes firmantes, tropieza con obstáculos difíciles de salvar. En particular, la exigencia de una representatividad acumulada en los ámbitos funcionarial y laboral para acceder a la Mesa general común, dificulta la obtención de dicha legitimación a los sindicatos que la tengan exclusivamente en uno sólo de tales ámbitos. En consecuencia, se menoscabaría su derecho a negociar estas materias o condiciones de trabajo en el seno de las mesas o comisiones negociadoras específicas de los funcionarios o de los trabajadores. La plenitud de derechos de todas las entidades sindicales podría alcanzarse a base de permitir a tales sindicatos el acceso a la Mesa general común²⁵⁵, pero tal solución no dejaría de plantear problemas. De hecho, la Ley 7/2007 mantiene la separación entre los sistemas de negociación colectiva funcionarial y laboral al remitir a los convenios colectivos la regulación de determinadas materias o condiciones de trabajo del personal laboral, a saber: la carrera profesional y la promoción (art. 19.2), la determinación de las retribuciones (art. 27), la provisión de puestos y movilidad (art. 83), las situaciones del personal laboral (art. 92) y la tipificación de las faltas y sanciones [art. 94.1.a)].

3.4. El procedimiento de negociación de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral

El art. 36 del EBEP no contiene ninguna referencia al procedimiento de negociación de las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral. Sin embargo, hay que indicar que el articulado del Capítulo IV del Título III de esta disposición legal suele referirse a las Mesas de negociación y a los Pactos y Acuerdos en general, por lo que no cabe sino concluir que aquéllas habrán de someterse a sus previsio-

sector laboral hacían precisa una interpretación más exigente en línea con lo establecido para los instrumentos de eficacia erga omnes en el sector laboral (Derecho Sindical, Madrid, 1992, pág. 770). Por su parte, ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Comentarios a la Ley sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas”, R.L., núm. 15, 1987, pág. 67, postulaba la observancia del criterio de carácter mayoritario.

250. SALA FRANCO, “La negociación colectiva en el empleo público”, en AA.VV., Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva, XIV Jornadas de Estudios sobre la negociación colectiva, Madrid, 2001, pág. 128.

251. ROQUETA BUJ, La negociación colectiva en la función pública, cit., pág. 251.

252. ROQUETA BUJ, “La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 21/2006”, Revista General de Derecho Administrativo, núm. 14, 2007, pág. 17.

253. ROQUETA BUJ, “La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público...”, cit., págs. 17-18.

254. En cambio, LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva...”, cit., pág. 325, sostiene que serán las propias partes las que determinen cuáles son las materias comunes que van a negociar.

255. Cfr. STS de 13 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 5025/2001).

nes. De este modo, la negociación colectiva laboral en las materias y condiciones de trabajo comunes a los funcionarios públicos se somete a los límites del EBEP, con la consiguiente supremacía de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, habrá que distinguir dos etapas o fases fundamentales en el desarrollo cronológico del procedimiento de negociación, a saber: 1ª) El proceso negociador “propia-mente dicho”; 2ª) la fase de “aprobación expresa y formal” del Acuerdo por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración Pública.

3.5. La naturaleza de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral

El art. 38.8 de la Ley 7/2007 prevé que “los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral”. Así pues, se reconoce la naturaleza jurídica dual de los pactos y acuerdos alcanzados en este tipo de mesas de negociación²⁵⁶, sin que se exija que los mismos se formalicen en instrumentos negociales separados.

Vayamos por partes.

Se dice, por un lado, que los Pactos y Acuerdos tendrán la consideración y efectos previstos en el art. 38 del EBEP para los funcionarios públicos. Es decir, la consideración y efectos propios de los Pactos y Acuerdos, de forma que no será necesario abrir una segunda fase de negociación en el seno de las Mesas generales o sectoriales de cada Administración Pública. Es más, éstas no podrán desvincularse de los acuerdos tomados en la Mesa general común al personal funcionario y laboral.

Se dice, por otro lado, que los Pactos y Acuerdos alcanzados tendrán la consideración y efectos previstos en el art. 83 del ET para el personal laboral. Y aquí se incurre en una notoria ambigüedad que habría que corregir, pues el antecitado precepto contempla dos modalidades distintas de la negociación colectiva laboral cuyos efectos son distintos, esto es, los convenios o acuerdos marco (apartado 2) y los acuerdos sobre materias concretas (apartado 3)²⁵⁷. A pesar de la indeterminación en que incurre el art. 38.8 del EBEP, por el contexto en que se inscribe y por su finalidad, parece referirse a los segundos²⁵⁸. De este modo, las condiciones de trabajo establecidas en los Pactos o Acuerdos comunes se

256. Sobre la naturaleza del Acuerdo para modernizar la Administración y Mejorar las condiciones de trabajo de los Empleados Públicos de 16 de noviembre de 1991, que era un Acuerdo mix-to, ver ESCUDERO RODRÍGUEZ, “El Acuerdo para la modernización de la Administración Pública. La Orden de cotización para 1992 y otras normas laborales”, R.L., I/1992, págs. 1132 y ss.; OJEDA AVILÉS, “El “Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo”: un importante avance en la negociación colectiva pública”, A.L., núm. 17, 1992, págs. 325 y ss.; ROQUETA BUJ, “El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado”, R.T., núm. 11, 1993; LÓPEZ GÓMEZ, El régimen ju-rídico..., cit., págs. 427 y ss.; y RIVERO LAMAS, “El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núms. 6-7, 1995, págs. 117 y ss.

257. Ver, por todos, SANTIAGO REDONDO, La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 E.T.), Valencia, 1998.

258. VALVERDE ASENCIO, “Nuevas normas sobre la negociación...”, cit., pág. 101.

aplicarán directamente a los trabajadores, sin necesidad de ser incorporadas en los convenios colectivos, lo que significa que, tras la suscripción del Pacto o Acuerdo común, no se ha de abrir una segunda fase de negociación en el seno de la comisión negociadora, que se verá jurídicamente impedida de alterarlo.

3.6. La impugnación de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral

El EBEP no determina el orden jurisdiccional competente para resolver sobre la impugnación de los Pactos y Acuerdos de las Mesas generales comunes a personal funcionario y laboral. Éstos, una vez han sido celebrados y aprobados por el órgano de gobierno correspondiente y cumplimentados los trámites de formalización externa pertinentes, poseerán una naturaleza jurídica dual. Por consiguiente, y por lo que se refiere a la impugnación debería distinguirse²⁵⁹: a) La impugnación del Pacto o Acuerdo común en cuanto a los funcionarios habría de residenciarse ante los tribunales del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción; b) La impugnación del Pacto o Acuerdo común en cuanto convenio colectivo debería plantearse ante los tribunales del orden social de la jurisdicción como cualquier convenio colectivo. Tales tribunales, al ser independientes entre sí, podrían alcanzar fallos contradictorios, sin que la nulidad del Pacto o Acuerdo común en cuanto Pacto o Acuerdo comportase su nulidad en cuanto convenio colectivo y viceversa.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando el conflicto jurídico se suscitaba, no en relación con el convenio colectivo, sino en relación con el acuerdo del Pleno de la Entidad Local que lo aprobaba, el criterio del Tribunal Supremo era que la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo. El acuerdo del Pleno de la Entidad Local constituye un acto administrativo por el que se perfecciona la voluntad negocial de la Entidad Local. Establecido el carácter de acto administrativo, era evidente, a la luz de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, por la que se regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que su impugnación debía realizarse en todo caso ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, máxime cuando dicho acto era recurrido por la infracción de normas administrativas (como, por ejemplo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado)²⁶⁰. Posteriormente, el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999

259. Por contra, OJEDA AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, 1998, pág. 403, a partir de una interpretación estricta y restrictiva de los términos "libertad sindical" y "derecho de huelga" del artículo 3.a) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento laboral (LPL) y teniendo en cuenta la naturaleza sindical de los instrumentos negociales que nos ocupan y el tratamiento conjunto de trabajadores y funcionarios en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS), concluye que la impugnación e interpretación de estos instrumentos negociales unitarios corresponden en exclusiva a la jurisdicción social por los trámites del proceso de conflicto colectivo. Sin embargo, aunque, ciertamente, el artículo 3.a) de la LPL no menciona expresamente el derecho de negociación colectiva funcional, el hecho de que se trate de un derecho "sindicalizado" hace evidente su inclusión en la excepción del citado artículo.

260. SSTS de 9 de mayo de 1996 (Rec. núm. 2201/1996), 30 de mayo de 1997 (Rec. núm. 9512/1995), 2 de septiembre de 1997 (Rec. núm. 4075/1994), 9 de diciembre de 1997 (Rec. núm. 5642/1995), 27 de enero de 1998 (Rec. núm. 1994/1995), 18 de mayo de 1998 (Rec. núm. 3853/1995) y 30 de junio de 1998 (Rec. núm. 6791/1995).

(Conflicto de competencia núm. 46/1998), señalara que lo que se impugna no es un acto administrativo concerniente a la formación de la voluntad del ente local, sino el contenido de lo negociado por las legitimadas representaciones empresarial y social, por lo que la Administración Pública *“no actúa en el ejercicio de su poder, sino como empresario al igual que puede ocurrir en la relación civil en que intervienga, y por ello para determinar la competencia «no puede atenderse al órgano de que proviene, subjetivismo que supondría un privilegio no establecido por la Ley, porque ésta quiere que la Administración cuando actúa como un particular quede sometida al Orden Social cuando la materia esté regulada por esta norma del Ordenamiento Jurídico»*. En fin, se discute *“la legalidad del contenido del convenio, cuya negociación culminó con el acuerdo de la Administración y no la legalidad formal de éste, pues es aquel contenido y no el acuerdo, quien en su caso podrá contener la extralimitación de los límites de la Ley de Presupuestos, lo que implica que el título de la pretensión corresponda a la rama social del derecho y no al Derecho Público Administrativo”*²⁶¹.

No obstante, la STS de 1 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 3929/1999) señala que cuando el Ayuntamiento por el acuerdo que está en el origen del proceso, aprobó dos cosas (el acuerdo para los funcionarios y el convenio colectivo para el personal laboral, y en los dos introdujo los incrementos retributivos que motivaron el recurso Contencioso-Administrativo) dotó *“a su actuación de una unidad que ha de mantenerse en la vía judicial pues, de otro modo, podría llegarse, a partir de un mismo acto administrativo -el acuerdo del Pleno municipal de la fecha indicada- a consecuencias distintas y aun contradictorias, como serían las que se producirían de mantenerse el criterio expresado por la Sentencia de instancia para los funcionarios y no resolverse sobre el personal laboral o remitirse al respecto a una decisión futura que bien podría ser contraria a la anterior”*²⁶². Consideraciones de este tipo, además de las que pueden relacionarse con el propósito de no dividir la continuidad de la causa, así como con la más adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, a juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, *“exigen la extensión de sus pronunciamientos también respecto del convenio colectivo cuando, como aquí sucede, ha sido aprobado, conjuntamente con el acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios, por un mismo acto municipal y se les reprocha a ambos el mismo vicio: la superación de los límites legales que los entes locales*

261. En el mismo sentido, las SSTs de 28 de abril de 2000 (Rec. núm. 4567/1996), 4 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 4224/1996), 21 de mayo de 2002 (Rec. núm. 537/1996) y 24 de febrero de 2004 (Rec. núm. 2255/2000). Cfr. SALA FRANCO, “Conflictos laborales en las Administraciones Públicas y jurisprudencia competente. ATS 22 de marzo de 1999”, A.L., núm. 5, 2000, págs. 63 y ss.

262. En el mismo sentido se expresan la STS (Sala de lo Social) de 24 de enero de 1995 (Rec. núm. 409/1994), y las SSTs de 29 de mayo de 1998 (Rec. núm. 4822/1995) y 4 de mayo de 2004 (Rec. núm. 99/2002).

han de observar en materia de incrementos retributivos de su personal". Si nos atenemos a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, habrá que convenir que la competencia para resolver sobre la impugnación de los Pactos y Acuerdos de las Mesas generales comunes a personal funcionario y laboral corresponderá al orden contencioso-administrativo²⁶³. En todo caso, y como medida de precaución, se aconseja incluir en los mismos una cláusula de vinculación a la totalidad o a la indivisibilidad de lo acordado.

263. En el mismo sentido, GUILLÉN OLCINA, "Convenios, Pactos y Acuerdos...", cit., pág. 333; y MARCED CAÑETE, "La negociación colectiva de los empleados públicos y el control jurisdiccional", en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco, Valencia, 2006, págs. 355 y ss. En sentido contrario, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión", en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, pág. 280; y LÓPEZ GANDÍA, "La negociación colectiva...", cit., pág. 322; y RIVERO LAMAS y DE VAL TENA, "Derecho a la negociación colectiva...", cit., pág. 370.

6

Estructura i funcionament de les meses de matèries comunes de laborals i funcionaris

M. Mercedes Arranz de Gracia

Gerent del Serveis d'Assistència al Govern Local
Diputació de Barcelona

Introducció

Quan em van proposar fer una reflexió sobre l'estructura i funcionament de les meses de matèries comunes de laborals i funcionaris, el primer dilema en el plantejament del tema va ser com desenvoluparia el seu tractament: anàlisi profund i detallat del que la llei disposa, com s'ha d'aplicar aquesta amb abstracció de quina és la realitat que es regula o reflexionar envers la realitat sobre la que la llei opera. Pels que estem propers a la gestió quotidiana dels recursos humans en el món local sabem que a vegades els anàlisis estrictament jurídics de les realitats per molt complexos i elaborats que siguin no ens donen solucions.

Aquesta realitat en la qual vivim sovint els que prestem serveis en el món local ve donada per que la norma/les normes que regulen el nostre àmbit en nombroses ocasions no estan del tot pensades per a la realitat que els toca regular.

Les disposicions de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, en concret el marc de negociació col·lectiva, que és el que ara ens pertoca tractar, pensen en l'administració local o estan pensades des d'un marc com el de l'Administració General de l'Estat o l'administració d'una Comunitat Autònoma?

Es per això que aquest article el que pretén es recollir un conjunt de reflexions derivades de la meua experiència com a usuària d'unes normes que hem d'aplicar en un àmbit tan complex com és el de la negociació col·lectiva.

Per altra banda, no es pot parlar de l'estructura i funcionament de les meses de matèries comunes com si fos un tot aïllat i únic, com si l'única mesa de negociació en el món local fos aquesta. Existeixen altres meses de negociació que poden existir al costat d'aquesta mesa de negociació i que obligatòriament s'han de tenir en compte.

Tractar la negociació col·lectiva i parlar concretament d'estructura i funcionament és parlar de qui té capacitat i com es té capacitat d'incidir en les condicions de treball de personal. Tradicionalment aquest ha estat un àmbit propi de juristes, però entenc, que va molt més enllà, és un marc fonamentat en la democràcia, en el resultat directe o indirecte d'unes eleccions. Qui negocia i com es negocia és el resultat d'un joc de forces i interessos, en ocasions contraposats i no m'estic referint a Patronal - representació sindical, si no dins la mateixa representació sindical. Les opcions i línies estratègiques de cadascuna de les forces sindicals són diferents i en ocasions. Aquestes circumstàncies, i com veurem d'altres fan que l'anàlisi de la qüestió des d'un punt de vista estrictament jurídic no abasti tota la seva complexitat.

Amb això no estic dient que no estem davant d'un àmbit d'actuació de l'Administració Pública "desregulat" o mancat de regulació. Però aquest sistema de fonts i les seves previsions s'aproximen a la realitat local o estan més a prop d'una altra realitat?

Es per aquestes raons i per d'altres que aniran sortint al llarg de l'exposició que he decidit allunyar-me del que és estrictament un marc jurídic, d'aquest anàlisi ja n'hi ha molts i efectuats per persones més autoritzades que jo, i m'he decidit per parlar més de la vida real, tenint en compte, evidentment - el que diu la llei, *apuntant* quines són les problemàtiques que es troben els gestors de recursos humans dels ens locals quan han d'entrar en un procés de negociació col·lectiva.

Aquest conjunt de reflexions, com he dit, són fruit de l'experiència pròpia en la pràctica de la negociació col·lectiva i sobretot són fruit de l'experiència dels equips de treball de juristes de la Diputació de Barcelona, tant de la Gerència dels Serveis d'Assistència al Govern Local que assisteixen als equips de govern de la província de Barcelona en els seus processos de negociació col·lectiva, com el de l'equip de juristes de la Direcció de Serveis de RRHH en el procés de negociació en les condicions de treball de la pròpia Diputació de Barcelona.

Desenvoluparé els següents punts:

1. Aproximació a la realitat local: problemàtica
 - l'administració local com un tot homogeni
 - la dualitat de règims jurídics del personal al servei dels ens locals
 - pràctica habitual
2. Sistema de fonts
3. Estructura de les meses de negociació en l'administració local
 - Mesa General de negociació de les administracions públiques
 - Mesa de negociació d'àmbit supramunicipal
 - Mesa General de negociació de les condicions de treball comuns al personal funcionari i al personal laboral
 - Mesa de negociació del personal funcionari
 - Meses sectorials
 - Mesa de negociació del personal laboral
4. Funcionament de les meses de negociació
5. D'altres aspectes rellevants en l'estructura i funcionament de les meses
 - Nombre de membres i representativitat
 - Judicialització del procés
6. Conclusions.

1. Aproximació a la realitat de l'administració local: problemàtica

L'administració local com un tot homogeni.

Amb caràcter general, quan el legislador tracta l'administració local la tracta com un tot. Com si l'administració local estigués conformada per un conjunt d'ens locals tots idèntics entre ells o com si l'administració local fos una administració més, com ho és l'administració de l'Estat o l'administració de cadascuna de les Comunitats Autònomes.

I tots sabem, que quan parlem d'administració local, estem parlant d'administracions tant diferents com poden ser l'administració d'un Ajuntament com el de Barcelona o Madrid o l'administració d'un consell comarcal, o l'administració d'un Ajuntament d'un municipi amb una població no superior als 50 habitants. Lògicament, l'organització i l'estructura de cadascuna d'elles és absolutament diferent, i per tant les relacions col·lectives que es puguin generar en cadascuna d'elles també. És comparable l'organització i el tractament que es pugui fer del personal al servei de l'Ajuntament de Barcelona amb el d'un municipi de menys de cinquanta habitants?. Doncs, és evident que no.

Per la qual cosa quan parlem de la negociació col·lectiva en l'administració local, ja sigui de la seva realitat o del seu marc jurídic, hem de necessàriament pensar en les grans diferències que existeixen entre uns ens locals i els altres. I aquest exercici sovint s'obvia, per la pressió diària de resolució dels problemes i ens dirigim directament al que diu la norma i intentem cercar solucions idèntiques o quasi bé idèntiques amb independència de l'ens del qual estem parlant, com tot es administració local...

La negociació col·lectiva vindrà determinada pel tipus d'ens local en el que ens trobem, un exemple: és clar que l'existència de tres o una única mesa de negociació de les condicions de treball del personal serà, en la majoria de les ocasions, proporcional al nombre de personal que presti serveis, es a dir, proporcional a la tipologia de personal que presti els serveis: funcionari o laboral.

Unes dades per il·lustrar el que estic dient,

A Catalunya tenim 946 municipis. 4 Diputacions i 41 Consells comarcals.

Aquesta dada d'entrada, ja es prou significativa: 991 ens locals territorials, - prescindint de tota l'administració satèl·lit: organismes autònoms, consorcis, empreses públiques...-. Fent demagogia podríem dir que potencialment a Catalunya podríem arribar a tenir 2.973 meses de negocia-

ció a l'administració local, al marge torno a insistir de totes les meses de negociació que es podrien constituir en l'administració instrumental. Meses de negociació que acordarien les condicions de treball de més de 75.000 empleats de Catalunya.

Si aprofundim en el món municipal, i deixant de banda a Diputacions i a Consells Comarcals, tenim les següents dades:

Municipis amb menys de 5.000 habitants tenim 756, és a dir gairebé les 7 parts dels municipis de Catalunya. Amb un terme mitjà d'uns 25 empleats, dels quals podríem dir que 7 parts són personal laboral i 1 part són funcionaris.

De 5.000 a 20.000 habitants, tenim 131 municipis, amb una franja d'empleats que podem dir que supera els 120 empleats i també amb una majoria força important de personal laboral en quasi bé tots els casos.

Amb més de 20.000 habitants tenim 59 municipis i llevat excepcions el seu personal és laboral i les seves plantilles superen amb caràcter general els 250 empleats,

A aquesta visió únicament formal del tema –grandària poblacional dels municipis- i per tant intuïnt la seva repercussió en l'organització i estructura dels seus ajuntaments, cal afegir una altra que es refereix a les característiques de cadascun dels municipis.

No és el mateix parlar d'un municipi turístic, que d'un municipi industrial, que d'un rural, que d'un proper a l'àrea metropolitana. En un municipi turístic amb tota seguretat, amb caràcter estacional, el personal que presti serveis augmentarà considerablement. Aquest fet, té afectacions directes en la definició pròpia de les relacions col·lectives: tots sabem... municipi coster amb un necessari increment de la policia local a l'estiu –col·lectiu que tots sabem que ha de ser amb personal propi de l'ajuntament i amb règim de funcionari- .

Altre exemple, municipi petit o mitjà proper a l'àrea metropolitana: les influències que poden tenir els municipis més grans envers els més petits són considerables i evidentment la capacitat d'assumpció de les demandes laborals per part de l'equip de govern del municipi més petit diferent. La gestió dels recursos humans, és a dir la gestió de les condicions de treball del personal al servei d'un municipi de menys de deu mil habitants es fa molt costosa, en termes econòmics i també materials, de gestió, i en conseqüència de gestió de les relacions col·lectives.

És evident que un factor a tenir en compte i amb un gran impacte en les relacions col·lectives és el nivell de recursos

que pugui tenir cadascun dels Ajuntaments.

Totes aquestes raons expressades i totes aquelles altres no recollides, però també existents fa que quan, amb ulls crítics tenim que analitzar el marc jurídic de la negociació col·lectiva, primer de tot ens preguntem: podem considerar que es pot utilitzar el marc jurídic actual en la seva integritat per part de l'Administració Local?

La resposta em temo que ha de ser no. Per donar alguna altra dada, possiblement només un 2'5% dels ajuntaments de Catalunya, poden tenir capacitat de disposar d'una Mesa general de negociació de funcionaris, una Mesa de negociació de personal laboral i una Mesa general de matèries comunes. És a dir, de fer ús de l'actual marc vigent en la seva totalitat.

Pot ser igual un procés de negociació col·lectiva d'un municipi de 2.000 habitants amb unes vuit o deu persones prestant serveis en l'ajuntament, i sense cap tipus de representació sindical que a un municipi de 100.000 amb una representació sindical i una estructura prou definida per afrontar una procés de negociació col·lectiva? Evidentment que no, però ara bé el resultat que ens dona el marc jurídic és absolutament el mateix.

Que vull dir amb aquest conjunt de reflexions... que el marc legal únic que tenim per a totes les administracions públiques no dona resposta satisfactòria a les diferents realitats. Possiblement a algunes més que a d'altres, però per suposat als ens locals amb menys estructura i per tant amb menys personal, no els hi dona resposta.

En definitiva, la llei, sobretot l'EBEP, regula una realitat que dubto que sigui la nostra, la de l'Administració Local, entesa com la diversitat i heterogeneïtat de municipis que existeixen a la província de Barcelona, a Catalunya, i a l'Estat Espanyol.

La dualitat de règims jurídics del personal al servei dels ens locals

Un fet molt comú en la realitat local és que el personal al servei d'una determinada entitat local estigui subjecte a règims jurídics diferents: coexisteixen el règim funcional, subjecte al dret administratiu i el règim laboral, subjecte al dret del treball al llarg de tota l'administració local. Aquesta coexistència, que sigui general i que fins i tot arribi a ser contemplada com a natural, no fa que la gestió dels recursos humans per part de l'entitat local sigui menys complexa que si exclusivament tot el personal estigui subjecte a un únic règim.

La gravetat no es circumscriu a tenir personal amb diferent règim jurídic, ja que si el règim jurídic respectés col·lectiu el problema no seria tant greu: la brigada, el personal assistencial (llar d'infants, llar d'avis, serveis socials, ...) és personal laboral, sotmès al dret del treball mentre que el personal que exerceix funcions en els quals s'exerceix autoritat pública (policia, personal instructor d'expedients, ...) és personal funcionari, sotmès al dret de la funció pública. Però, tots sabem que això no es així, ens podem trobar dins el mateix col·lectiu personal amb la mateixa categoria i ocupant el mateix lloc de treball amb dualitat de règims jurídics: laboral i funcionari.

Els principis i fonaments de cadascun d'aquests àmbits del dret són molt diferents, m'atreviria a dir, que segons des de la perspectiva que els analitzem, antagònics:

El dret administratiu és un dret amb la finalitat que les administracions públiques puguin vetllar per la consecució en cadascuna de les seves decisions de l'interès general. És un dret de prerrogatives per als poders públics. El personal al servei de les administracions públiques és personal amb una relació de subjecció especial. Amb uns drets però també amb unes obligacions respecte el seu desenvolupament superiors a les de qualsevol treballador. Aquesta reflexió en la gestió quotidiana poques vegades es fa.

El dret del treball és un dret amb la finalitat de protegir al treballador, davant les decisions de l'empresari. És un dret compensador amb vocació de corregir les desigualtats existents a favor de l'empresari, d'aquí la constitucionalitat de la desigualtat formal en benefici del treballador.

Dit d'una manera molt simple: el dret administratiu, per tant el dret de la funció pública persegueix la protecció de l'interès públic i el dret del treball pretén la protecció del treballador.

A més, la negociació col·lectiva no deixa de ser una institució pròpia del dret del treball que ha estat importada al dret administratiu recentment, encara podem dir que la negociació col·lectiva a la funció pública és una institució jove i per tant amb molt camí per recórrer i per madurar.

Per la qual cosa, parlar de condicions de treball del personal al servei de les administracions públiques com un tot únic lògicament esdevé complicat en el fons i també en la forma.

El procés de determinació de les condicions de treball del personal, amb una dualitat de règims jurídics, sota la dependència d'un mateix empresari/administració pública, pot ser diferent?

Els legítimats per negociar han de ser diferents si tractem de personal laboral o de personal funcionari, té lògica?

Els àmbits de negociació, el marc jurídic de la negociació col·lectiva ens presenta dos àmbits de negociació diferents: un per al personal laboral i un altre per al personal funcionari, és lògic que sigui diferent? Que no puguin negociar el mateix ambdós col·lectius, el funcional i el laboral?

No deixa de ser un tant esquizofrènic que una mateixa administració pública, segons qui tingui assegut davant la mesa de negociació, personal funcionari o personal laboral, hagi de tenir diferents plantejaments tenint en compte que tots són empleats d'un mateix "empresari": la carrera professional, el règim retributiu, el règim de permisos i llicències, ha de ser diferent?

Aquesta dualitat de règims jurídics té conseqüències directes en els processos de negociació col·lectiva, i concretament en quelcom tant determinant com la representació del la part sindical en les meses de negociació col·lectiva: la representació, i per tant la influència d'un determinat col·lectiu i fins i tot d'alguns empleats concrets, pot ser molt diferent en una mesa de negociació si es correspon a personal laboral o a personal funcionari. No oblidem que per al personal laboral negocia el comitè d'empresa per al personal funcionari els centres sindicals, presents o no en l'ajuntament.

Pràctica habitual

Quina ha estat la fórmula, podem dir, la tradició en els diferents ens que componen l'Administració Local, per tal de superar aquests obstacles? La resposta és senzilla i coneguda, en quasi bé la totalitat dels ens locals, la negociació de les condicions de treball del personal al seu servei s'han negociat de forma conjunta en la mateixa mesa de negociació, al marge del que disposava la Llei, que com tots sabem no ho contemplava.

Amb l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, es pretén "legalitzar", si es permet l'expressió, quelcom que era una realitat al llarg de tot el conjunt d'ens que conformen l'administració local: la negociació conjunta de les condicions de treball del personal funcionari i del personal laboral. S'intenta tímidament superar l'obstacle que suposa la dualitat de règims jurídics i l'obligació i manament legal, incomplet ho sabem, de l'existència de dos fóruns diferents de negociació de les condicions de treball: el del personal laboral i el del personal funcionari. Es crea la mesa de negociació de matèries comunes.

Es legalitza una pràctica habitual, la negociació col·lectiva conjunta de les condicions de treball del personal funcionari i del personal laboral, però no en la seva totalitat. La legitimitat per estar en aquesta mesa de negociació de matèries comunes, tal i com està disposada a la llei, no és el reflex de com es produïa en la pràctica habitual.

La pràctica habitual era que no es negociava en diferents meses, però si es respectava qui eren els legitimats per negociar: pel personal laboral el comitè d'empresa i per al personal funcionari els sindicats més representatius i aquells que haguessin obtingut més del 10% en les eleccions sindicals respectives. Cadascun dels col·lectius, funcionari i laboral era cridat o instat a la negociació, d'acord amb la seva legitimitat i es reflectia documentalment de forma separada però la mesa físicament parlant era conjunta.

Un cop efectuades tot aquest seguit de reflexions ens introduïrem en el que diu el marc jurídic vigent en relació a l'estructura i funcionament de les Meses de Negociació, amb especial consideració a la mesa de negociació de matèries comunes.

2. Sistema de fonts

Llei orgànica 11/2985, de 2 d'agost, de llibertat sindical (en endavant LOLS)

Llei 7/2007, DE 12 d'abril, de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic (en endavant EBEP)

Real Decret Legislatiu 1/1995, de 24 de març, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut dels Treballadors (en endavant ET)

L'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic ha pretès, ja veure'm si ho aconseguim, encara és molt aviat per treure conclusions, abordar en mes o menys intensitat algunes de les qüestions plantejades a l'epígraf anterior, concretament les que es refereixen a la dualitat de règims jurídics reguladors del personal al servei de les administracions públiques i introdueix el concepte d'empleat públic.

Es reconeix una nova categoria, la d'empleat al servei de les administracions públiques. Ara bé, només tímidament dona efectes a aquesta nova categoria: comença a aproximar a funcionaris i laborals o millor dit comença a apropar als laborals al règim funcional, per exemple, eleva a la categoria de tipus de personal al contractat laboral fraudulentament, m'estic referint al personal laboral indefinit

però no fix, un altre exemple, regula la negociació col·lectiva del personal laboral, quan es tracti de matèries comunes,

3. Estructura de les meses de negociació a l'administració local

Quina ha de ser l'estructura de les meses de negociació del personal al servei de les administracions públiques es regula pel que fa al personal funcionari per l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic i pel que fa al personal laboral per l'Estatut dels Treballadors, d'acord amb el disposat a la Llei orgànica de llibertat sindical.

D'acord amb el marc vigent, amb impacte en l'àmbit local ens podem trobar davant la constitució de les següents meses de negociació de les condicions de treball:

Mesa General de Negociació de les Administracions Públiques (article 36. 1. 2. EBEP)

Es consolida un àmbit de negociació conjunt de tots els empleats públics que negociarà les matèries que són objecte de regulació per part de l'Estat amb rang de norma bàsica.

La Mesa General de Negociació de les Administracions Públiques es constitueix en la seu de l'Administració General de l'Estat, la participació de cadascun dels ens locals no és directe, però és obvi que els acords que prengui aquesta Mesa els afecten directament, els hi són d'aplicació. En aquesta Mesa estarà present, directament o mitjançant representació tota l'Administració Territorial.

Per una banda, amb representació unitària, estarà present l'Administració General de l'Estat, que presidirà la Mesa, i els representants de les Comunitats Autònomes, de les ciutats de Ceuta i Melilla i de la Federació de Municipis i Províncies, en representació de l'Administració Local, en funció de les matèries a negociar.

Per l'altra, amb la representació de les organitzacions sindicals d'acord amb el que preveu l'article 6 i 7 de la LOLS, que es distribuirà d'acord amb el resultat obtingut en les eleccions als òrgans de representació del personal, Delegats de Personal, Junes de Personal i Comitès d'Empresa, en el conjunt de les Administracions Públiques. Ens trobem davant d'una representació conjunta de personal funcionari i de personal laboral.

Estaran present, en definitiva, aquells sindicats que

hagin obtingut el 10% en el conjunt de representants laborals i funcionaris, malgrat que en algun dels àmbits separatament considerat no hagi assolit aquest percentatge. Una interpretació d'aquest tipus ens porta a la possibilitat que un sindicat que podria tenir legitimació per negociar en un àmbit (el laboral), en demanar la llei per aquest supòsit de mesa general de negociació de les administracions públiques el percentatge conjunt no estigui representat.

L'àmbit de negociació són les matèries relacionades a l'article 37 EBEP, conegudes per les matèries comunes, que siguin susceptibles de regulació estatal amb caràcter de norma bàsica. També serà objecte de negociació l'increment global de les retribucions del personal al servei de les Administracions Públiques que corresponguin incloure en el projecte de llei dels pressupostos generals de l'estat.

Mesa de negociació d'àmbit supramunicipal (article 34.2 EBEP)

L'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, així mateix, preveu la possibilitat, inexistent fins ara, de legitimació per negociar de les associacions de municipis o d'ens locals d'àmbit supramunicipal la representació sindical.

Estan legitimats les associacions de municipis i també els ens locals d'àmbit supramunicipal per una banda, i per l'altra, a manca de previsió específica, les organitzacions sindicals més representatives a nivell estatal i de comunitat autònoma, així com totes les organitzacions sindicals que en l'àmbit específic afectat per la negociació abastin el 10% de la representativitat, tenint en compte exclusivament les eleccions funcionaries.

Aquesta mesa de negociació és de lliure disponibilitat de les parts, és a dir, no és obligatòria la seva constitució i funcionament quan una de les parts la invoca. Es per això que es pot entendre que tant per participar en un procés de negociació d'aquest tipus com per adherir-se a uns acords ja signats es necessària la voluntat expressa de cadascuna de les parts, la sindical i la de l'ens local.

La previsió d'aquesta Mesa per part de la llei, en termes exclusivament lògics i objectius pot ser una solució òptima per evitar una infinitat d'unitats negociadores al llarg del territori, a l'inici hem dit que tenim 991 ens locals i aproximadament amb plantilles que possibiliten la utilització de la llei – amb la creació de les tres meses de negociació: de funcionaris, de laborals i de matèries comunes – només un 5% d'aquestes. Ara bé, la realitat ens demostra que hores d'ara encara manca molt camí per recórrer per tal que es

pugui materialitzar aquesta previsió.

Els processos de negociació col·lectiva per al conjunt d'ens locals que formen l'Administració Local, per part de l'administració són una manifestació més d'exercici d'autonomia local i per altra banda per a la representació sindical és, així mateix, una via directa i real d'incidir en les condicions de treball del personal d'un ajuntament, amb uns resultats que possiblement no s'obtidrien si l'àmbit de negociació fos superior, deixant a banda tot allò que es refereix a la legitimació per la part sindical per a estar presents en aquestes meses de negociació.

Mesa General de Negociació de les condicions de treball comuns al personal funcionari i al personal laboral (article 36.3 EBEP)

El reconeixement d'aquest àmbit de negociació col·lectiva, sobre tot per a l'Administració Local ha estat la gran fita de l'EBEP.

La llei "legalitza" allò que era una realitat difícilment corregible i situa a negociar conjuntament les condicions de treball del personal laboral i del personal funcionari. Avança fins on pot, ja que té un límit la negociació del personal laboral establerta i reconeguda per l'Estatut dels Treballadors.

Estan legitimats per a formar part de la mesa de negociació de les condicions de treball comuns al personal funcionari i al personal laboral per una banda, l'ens local, que serà qui designarà qui negocia, i per l'altra, aquelles organitzacions sindicals legitimades d'acord al disposat als article 6 i 7 de la LOLS, ja que ens remet a la configuració de la Mesa General de Negociació de les Administracions Públiques:

Organitzacions sindicals mes representatives a nivell estatal segons el disposat per l'article 6.2 de la LOLS (igual que per les meses de negociació de les condicions dels funcionaris)

Organitzacions més representatives a nivell de comunitat autònoma segons l'article 7.1 de la LOLS (igual que per les meses de negociació de les condicions dels funcionaris)

Organitzacions sindicals, que sense tenir les condicions de mes representatives hagin obtingut, en l'àmbit territorial i funcional específic, el 10% o més dels delegats de personal i membres del comitè d'empresa i dels corresponents òrgans de les administracions públiques si bé amb la limitació de funcions i facultats que a l'efecte estableix el precepte (article 7.2 LOLS).

La qual cosa, vol dir que estan presents:

Les organitzacions sindicals que sumant els representants de personal laboral i de personal funcionari hagin obtingut més del 10%, d'acord amb el resultat obtingut en les eleccions als òrgans de representació de l'àmbit del que es tracti.

Les organitzacions sindicals que formin part de la Mesa General de Negociació de les Administracions Públiques, és a dir, els més representatius a nivell de l'Estat o de les Comunitats Autònomes, sempre que en l'ens local s'hagi obtingut un 10% dels representants a personal funcionari o a personal laboral.

El gran avenç o fita que ha suposat la configuració d'una mesa de negociació conjunta per a funcionaris o laborals ha vingut acompanyada de certa polèmica ja que en ocasions, i fruit dels resultats de les eleccions sindicals i del nombre de representants obtinguts es pot donar la situació que una determinada força sindical estigui representada en la mesa de personal funcionari o en la mesa de personal laboral i no en aquesta Mesa General de Negociació de les condicions de treball comunes.

Així la previsió legal, es pot generar el dubte de si necessàriament, aquest percentatge del 10% de representativitat, s'ha d'acreditar sumant o no, els representants en els òrgans de representació de personal laboral i de personal funcionari.

No hi ha molta jurisprudència que pugui donar la llum. Amb anterioritat a l'entrada en vigor de l'EBEP una sentència del Tribunal Superior de Justícia de Madrid, de 6 de març de 2006, va fer una aproximació a aquesta qüestió: l'acreditació del percentatge de representativitat. El Tribunal interpreta l'expressió "*... de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las administraciones públicas*" en els sentit que aquesta acreditació ha d'efectuar-se sumant tant els òrgans de representació del personal laboral com funcional. Ara bé, s'ha de fer palès al respecte que, aquesta sentència està interpretant la dita expressió en relació al disposat per l'article 6.2 a) de la LOLS que es refereix als sindicats més representatius, per bé que l'expressió és la mateixa utilitzada per l'article 7.2 de la mateixa norma referida a aquells sindicats que no tenen el caràcter de més representatius: "*el 10% o mas de los delegados de personal y miembros del comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones Públicas*"

Aquesta interpretació també podria venir recolzada pel fet que l'article 36.3 de l'EBEP estableix que per aplicar els criteris de representació de les organitzacions sindicals "es

prendran en consideració els resultats obtinguts en les eleccions als òrgans de representació del personal funcionari laboral del corresponent àmbit de representació”.

No ha transcorregut el suficient temps per a que es produeixin pronunciaments judicials al voltant de la constitucionalitat o no d'aquesta configuració de les meses - ja que agreuja qui pot estar present o no en una mesa de negociació -, sota l'anàlisi de que s'estigui davant d'una restricció del dret fonamental a la negociació col·lectiva com a expressió de l'exercici a la llibertat sindical, pronunciaments que parlin de constitucionalitat o no, amb la conseqüent derivació com qüestió de constitucionalitat al Tribunal Constitucional. En termes de legalitat, no hi ha molts elements de discussió la negociació col·lectiva és un dret de configuració legal (Sentències del Tribunal Constitucional de 2 d'octubre de 2000 i de 26 de març de 2001), i sembla que la llei en aquesta qüestió és clara.

Una darrera reflexió, amb la configuració que fa la llei d'aquesta Mesa General de Negociació de les condicions de treball comunes s'està “administrativitzant” la negociació col·lectiva del personal laboral. Tradicional és que en l'àmbit laboral, ja que així ho disposa l'Estatut dels Treballadors, el legitimat per negociar les condicions de treball sigui el comitè d'empresa, amb aquesta nova regulació el comitè d'empresa pot arribar a deixar d'estar present o tenir la mateixa influència en la negociació d'una part de les condicions de treball del personal laboral, encara que sigui només respecte aquelles que es puguin considerar matèries comunes.

Mesa de negociació del personal funcionari (article 33 i 34 de l'EBEP)

L'existència d'una Mesa de negociació del personal funcionari ve reconeguda a l'EBEP, en termes anàlegs als ja existents per la regulació anterior.

Estan legitimats per a formar part de les meses generals de negociació del personal funcionari, d'acord amb el disposat pels articles 6 i 7 de la LOLS:

organitzacions més representatives a nivell estatal: segons l'article 6.2 de la LOLS tindran aquesta consideració:

els que obtinguin en aquest àmbit el 10% o més del total de delegats de personal, dels membres del comitè d'empresa i dels corresponents òrgans de les administracions públiques

els sindicats o ens sindicals, afiliats, federats, confederats a una organització sindical d'àmbit estatal que tinguin la

consideració de més representativa d'acord amb el previst a la lletra a)

organitzacions més representatives a nivell de comunitat autònoma. Segons l'article 7.1 de la LOLS tindran aquesta consideració:

els que obtinguin en aquest àmbit almenys el 15% dels delegats de personal, dels membres del comitè d'empresa i dels corresponents òrgans de les administracions públiques, sempre que comptin amb un mínim de 1500 representants i no estiguin federats o confederats amb organitzacions sindicals d'àmbit estatal.

els sindicats o ens sindicals, afiliats o federats, confederats a una organització sindical d'àmbit de comunitat autònoma que tingui la consideració de més representativa d'acord amb el previst en la lletra a)

Els sindicats que hagin obtingut el 10% o més dels representants en les eleccions per a delegats i juntes de personal en les unitats electorals compreses en l'àmbit específic de la seva constitució

En definitiva i amb més claredat:

Per una banda, l'ens local, mitjançant les persones que designi.

Per l'altra, estan legitimats els sindicats més representatius i tots els sindicats que hagin obtingut el 10% o més dels representants a la junta de personal.

En aquest punt, s'ha de considerar el regulat respecte les Meses Sectorials.

Meses sectorials

Es poden constituir Meses sectorials de negociació, quan així ho decideixi la Mesa general de negociació del personal funcionari. Legalment únicament es reconeix a la Mesa general de negociació aquesta possibilitat de crear meses sectorials.

L'EBEP especifica que aquestes meses sectorials es podran constituir en atenció a les condicions específiques de treball de les organitzacions administratives afectades o atenent a peculiaritats de sectors concrets de funcionaris públics i al seu número.

Legitimats per estar present en una determinada Mesa sectorial estan les organitzacions sindicals que ho estan en la mesa general i aquelles organitzacions sindicals que tinguin un 10% o més de representació en l'àmbit concret on es constitueixi la mesa sectorial, malgrat no estiguin en la Mesa general de funcionaris.

En aquest cas es podria donar la circumstància que un

sindicat que no estigui en la mesa general o estigui en la sectorial, degut a que en l'àmbit específic hagi obtingut el 10%, això sempre que s'hagin celebrat eleccions específiques per aquest àmbit concret. Aquest cas és de difícil aplicació, a la realitat local, degut a que no es pràctica habitual fer eleccions sindicals per á col·lectius d'empleats, funcionaris o laborals concrets.

La competència d'aquestes meses sectorials s'estén als temes comuns dels funcionaris públics, quan no hagin estat decidits per la Mesa General o quan la Mesa general li haig delegat explícitament.

Entenc que aquest precepte dona cabuda a que en aquelles unitats negociadores/ajuntaments amb una determinada complexitat, es puguin constituir meses sectorials per tal de tractar assumptes concrets (carrera professional, formació, ...) . Es a dir, la constitució d'una mena de mesa sectorial o bé per diferenciar-la de l'anterior es podria denominar mesa delegada, especialitzada per al tractament/negociació d'una matèria concreta. Aquesta podria ser una forma d'alleugerar el procés de negociació.

També pot ser viable la creació d'una Mesa delegada per a un col·lectiu concret, evidentment, sense que pugui ser d'aplicació, llevat que s'hagin fet eleccions sindicals per al col·lectiu concret, el disposat en relació a qui està legitimat per estar present en la Mesa sectorial.

La representativitat de les forces sindicals en aquesta mesa sectorial per tractar entenc que ha de ser la mateixa que presideix la mesa de la qual neix.

Les condicions en que es fa aquesta delegació entenc que s'ha de reflectir en un acta i fóra convenient en el reglament de funcionament de les meses. Un cop finalitzat el procés negociador en aquesta mesa sectorial l'adient seria l'advocació per part de la Mesa General de Negociació del personal funcionari per a procedir a la ratificació dels acords presos, en el seu cas.

Mesa de negociació del personal laboral (article 32 EBEP i 87 ET)

L'EBEP ens deriva a l'Estatut dels Treballadors alhora de definir quina ha de ser l'estructura i àmbit de negociació del personal laboral. Pel que fa a l'àmbit, no m'estendré a no ser l'objecte d'aquestes reflexions, amb els límits que el marc jurídic imposa atenent que l'empresari és una administració pública: limitacions pressupostàries, accés a l'administració pública,...

L'Estatut dels Treballadors disposa que en els convenis

d'empresa o àmbit inferior el legitimat per negociar és el comitè d'empresa o els delegats de personal.

De l'exposat fins ara, resta clar que l'àmbit de negociació de la Mesa de personal laboral i fins i tot la seva existència, a l'igual que succeeix amb la Mesa General de personal funcionari, dependrà molt de com es configura la representació de les forces sindicals en el concret ens local i de quines siguin les meses que es constitueixin.

La realitat ens diu que la negociació de les condicions de treball del personal laboral es fa en termes administratius en l'administració local, amb lògica de funció pública i no de dret del treball, és per això que la constitució i la influència d'aquesta mesa de negociació en la definició de les condicions de treball del personal laboral, en termes laborals, vindrà determinada per la representació que ostenti en el concret ens local.

4. Funcionament de les meses de negociació

Obvia dir que és determinant per al bon desenvolupament del procés de negociació de les condicions de treball l'estricta i correcta constitució de les diferents Meses de Negociació.

Ara bé, s'ha configurat un marc de negociació més complex: coexisteixen diferents meses de negociació, amb, per una banda àmbits de negociació que poden estar superposats i per l'altra, amb diferents legitimacions de les organitzacions sindicals per estar-hi presents, esdevé cada cop més important en que el funcionament de les meses de negociació sigui transparent, raonat i coherent. D'aquí la importància del funcionament de les meses de negociació.

Un cop constituïdes les meses de negociació esdevé adient delimitar quines són les normes bàsiques de funcionament. Els processos de negociació són llargs i moltes vegades durs, és convenient que qüestions derivades de la forma, no alterin la raó de ser de les meses de negociació: la determinació de les condicions de treball del personal.

Al respecte l'EBEP en alguns dels diferents preceptes dedicats a la negociació col·lectiva, però sense l'adequat ordre dona pautes de funcionament:

el procés de negociació s'obrirà en cadascuna de les meses, en la data que de comú acord, fixi l'administració i la majoria de la representació sindical. Si no hi ha acord el procés s'iniciarà en el termini màxim d'un mes des que la majoria d'una de les parts legitimades ho promogui, llevat

que existeixin causes legals pactades que ho impedeixin (article 34.6)

la negociació haurà de ser de bona fe i s'haurà de proporcionar mútuament la informació que es precisi relativa a la negociació (article 34.7)

les meses de negociació tenen caràcter estable i un cop constituïdes la seva revisió només es produeix per variacions en la representativitat sindical acreditada cada dos anys a partir de la data inicial de constitució de les citades Meses. Aquestes modificacions en la composició de les Meses de Negociació seran instades per les organitzacions sindicals interessades en aquesta modificació les quals acreditaran les variacions en la representativitat sindical mitjançant el corresponent certificat de l'Oficina Pública de Registre competent (article 35.2).

les organitzacions sindicals amb representació en la mesa de negociació podran comptar amb l'assistència d'assessors en les deliberacions, assessors que tindran veu, però no vot (article 35.3)

els acords en la mesa de negociació s'adoptaran per majoria (article 38)

A més d'aquestes regles mínimes fixades per l'EBEP, , un cop constituïdes les meses de negociació, entenc que fora convenient establir com es durà a terme el procés negociador, definir en el marc de cada mesa de negociació un "reglament" de negociació que contempli:

convocatòries de les sessions, antelació de la convocatòria, durada i carència de les sessions

l'aixecament d'actes en cadascuna de les sessions negociadores, decidir qui fa, elabora les actes i règim d'aprovació de les mateixes

la participació d'assessors en les meses de negociació: nombre d'assessors, participació en totes lliurement o únicament quan la pròpia mesa ho estimi convenient. Aquest és un tema delicat i no es pot emprar per permetre l'assistència a organitzacions sindicals que no estiguin representades en la mesa, llevat que per part de totes les organitzacions sindicals no posin obstacle en l'acte que reculli aquest fet. La participació d'assessor és per fer més senzilla la negociació col·lectiva, no per fer-la més complicada.

important serà determinar en com es produirà el vot: individual i personal de cadascun dels membres o proporcional, segons la representativitat de cadascuna de les organitzacions sindicals amb representació; si el procés de negociació col·lectiva es dur a terme amb organitzacions sindicals, no amb persones concretes. Significa evident-

ment un grau de maduresa i definició elevat per part de les organitzacions sindicals, ja que les votacions es regiran en funció de la representativitat, amb independència del nombre de presents en el moment. Això significa que amb independència del nombre de membres que per acord de la majoria en la mesa de constitució s'hagi assignat a cada sindicat, el membre que assisteixi en nom de la central sindical respectiva a la mesa de negociació sempre estarà representant el resultat electoral obtingut, és a dir, el seu vot serà sempre proporcional matemàticament a aquest resultat. En definitiva, el que estem dient és que amb la presència d'una única persona per part de la representació sindical es podrien prendre acords,

en el supòsit de variacions en la representativitat sindical i atès que suposarà, lògicament, l'entrada a noves organitzacions sindicals a la mesa de negociació i la sortida d'unes altres, com afecta la variació de la proporcionalitat en el procés negociador

Amb el nou marc legal i la creació d'un nou àmbit de negociació, la Mesa General de Negociació de condicions de treball comunes a personal funcionari i a personal laboral dotar-se d'unes regles de funcionament i d'àmbits a negociar per cadascuna de les meses esdevé imprescindible. Es podria arribar al supòsit que en tres meses de negociació s'estigues negociant la mateixa matèria en termes diferents.

5. D'altres aspectes rellevants en l'estructura i funcionament de les meses

Nombre de membres i representativitat

Un cop analitzades qui són les organitzacions sindicals legitimades per negociar, mereix atenció especial quin ha de ser el nombre de membres assistents a cadascuna de les meses de negociació i si la presència en cadascuna d'elles dels sindicats més representatius ha de ser paritària o proporcional.

Respecte les meses de negociació regulades a l'EBEP, és a dir, totes llevat la Mesa de Negociació del personal laboral, el nombre de membres és de 15 per cadascuna de les parts. Fins a aquesta regulació no es preveia cap nombre mínim ni màxim de membres.

Pel que fa a la mesa de personal laboral, regulada a l'Estatut dels Treballadors, el nombre màxim de membres es de 12 per cadascuna de les parts si es tracta de convenis

d'empresa o d'àmbit inferior i de 15 si es tracta de convenis d'àmbit superior al d'empresa. En la realitat de la negociació col·lectiva del personal laboral en l'Administració local estem parlant de 12 membres.

Respecte a com ha de ser la presència dels sindicats més representatius en les meses de negociació tampoc fins ara l'EBEP disposava res amb claredat.

L'article 35 de l'EBEP al regular la constitució i composició de la Mesa General de Negociació de les condicions de treball de les Administracions Públiques i la Mesa General de Negociació del personal funcionari disposa que quedarà constituïda vàlidament quan a més de l'administració corresponent, i sens perjudici del dret de totes les organitzacions sindicals legitimades a participar en elles en proporció a la seva representativitat, aquestes organitzacions sindicals representin, com a mínim, la majoria absoluta dels membres dels òrgans unitaris de representació en l'àmbit de que es tracti.

L'Estatut dels Treballadors preveu en l'article 88, quan parla de la participació en la negociació de convenis superiors a empresa de la representativitat.

Es pot defensar, que l'actual marc jurídic proposa una participació en proporció a la representativitat. Això vol dir, que pot suposar un atemptat a la llibertat sindical, no únicament la exclusió d'un sindicat legitimat per estar present en la mesa de negociació, si no que també la reducció del número de membres a que pugui tenir dret a estar presents en la mesa de negociació amb criteris de proporcionalitat. S'entén que amb aquesta reducció de membres es pot estar limitant la conseqüent reducció de la capacitat d'acció de l'organització sindical.

Per determinar la legalitat o arbitrarietat de l'atribució de membres s'haurà d'analitzar si l'atribució de llocs en la mesa negociadora ha estat proporcional a la representativitat electoral obtinguda. La sentència del Tribunal Constitucional de 15 de desembre de 2005 amb cita a anteriors sentències seves, es clara en aquest tema: el reconeixement legal a la negociació col·lectiva empara el dret d'accés del sindicat a la mesa de negociació, però empara també el seu dret a participar en proporció a la seva representativitat, dient que l'exclusió de la comissió negociadora i la reducció de la quota representativa dels sindicats produeix anàlegs efectes des de la perspectiva de la llibertat sindical, també es configura com un atemptat.

Ara bé, aquesta conclusió no l'hem de portar a interpretacions maximalistes: no tota decisió sobre l'índex de

representativitat d'un sindicat afecta al dret fonamental de la llibertat sindical, ni inclòs quan com a resultat del mateix, es redueixi la participació de dit sindicat en la mesa de negociació o es retallin les seves possibilitats d'actuació dins del sector corresponent. En molts casos una menor representativitat i capacitat d'obrar d'un sindicat al igual que la seva exclusió de la mesa negociadora, pot estar justificada, i que, si efectivament es fonamenta en un motiu jurídicament acceptable, una actuació d'aquest tipus no pressuposa lesió alguna de la llibertat sindical, només es podrà qualificar com a lesiva de la llibertat sindical si té el seu origen en una decisió contrària a la llei o clarament arbitrària o injustificada

Per la qual cosa, es torna a insistir en la conveniència de formalitzar, recollir tots aquests extrems en les actes. Qualsevol actuació relativa al funcionament pot ser impugnada per l'organització sindical que invoqui ser perjudicada, generalment per impossibilitar l'exercici del dret a l'acció sindical, manifestació del qual és el dret a la negociació col·lectiva. Per poder fer una defensa de cadascuna de les postures és imprescindible que en l'acta apareguin les diferents decisions que es prenguin en el procés i el per què d'aquestes.

L'objecte d'aquestes accions judicials seran més o menys fàcilment analitzades per l'òrgan jurisdiccional si totes aquestes qüestions han estat recollides en les actes.

Judicialització del procés de constitució i funcionament de les Meses de Negociació.

Els processos de negociació col·lectiva difícilment arriben als Tribunals de Justícia per motius de fons dels acords que es puguin prendre en la mesa de negociació. Quasi bé sempre que son jutjats ho són per motius de forma: constitució de la mesa, representació de les forces sindicals, votacions, majories,

Les organitzacions sindicals ostenten legitimitat per recórrer aquestes qüestions. Així es pronúncia el Tribunal Constitucional en la seva sentència d'11 de juny de 2001, entre d'altres i el Tribunal Suprem en les seves sentències de 22 de maig i 16 de novembre de 2001, entre d'altres.

Per poder accionar, les organitzacions sindicals han de demostrar, expressat en termes doctrinals i jurisprudencials, un interès professional o econòmic, i referit, en tot cas, en sentit propi, qualificat o específic, és a dir, han d'acreditar que del resultat de l'acció s'obindrà un benefici o la desaparició d'un perjudici en el supòsit que prosperi l'acció

intentada, i que no necessàriament té un contingut patrimonial.

Una possible judicialització d'un conflicte situa en una posició delicada a les parts, ja que pot arribar a suposar la paralització del procés negociador durant tot el temps que la qüestió pugui estar sub iudice.

Les conseqüències que una possible judicialització del conflicte, en cas que alguna de les organitzacions sindicals accionants guanyessin el procés judicial, podrien ser la declaració de nuls de ple dret, ab initio, de tots els acords adoptats per una mesa en principi no legitimada, concretament respecte els que tenen contingut econòmic, pot suposar la no validesa dels mateixos. No se'ns escapa el grau de complexitat que pot suposar una declaració d'aquest tipus, ja que pot tenir conseqüències directes respecte de cadascun dels empleats.

En tot cas, la possibilitat que el conflicte judicial es perllongui en el temps, atès que si arriba l'assumpte fins el Tribunal Suprem o fins el Tribunal Constitucional podríem parlar de mes de deu anys, fa que la resolució final, la sentència difícilment esdevindria reparadora. Possiblement transcorregut aquest temps l'objecte del recurs haurà deixat de tenir sentit.

6. Conclusions finals

Estudiar, analitzar, aplicar els processos de negociació col·lectiva a l'administració pública, i en concret a l'administració local no és fàcil, tal i com els configura l'actual sistema de fonts.

La realitat local és molt complexa i el marc jurídic d'aplicació no reflexa la realitat que abasta.

Ens movem constantment en contradiccions: estem davant d'una institució creada pel dret del treball que es trasllada al dret administratiu, la relació de serveis del personal al servei de les administracions públiques, si bé, per una banda és laboralitzada; per l'altra, el règim jurídic del personal laboral es situa més a prop del dret de la funció pública que del dret laboral. Ara bé, els principis i fonaments del dret administratiu es situen molt lluny dels principis i fonaments del dret laboral.

Quin futur ens espera? Es constaten moltes contradiccions entre el marc legal i la realitat. Però, ara bé, estem davant d'unes institucions amb molta joventut. Les respostes s'hauran d'anar construint poc a poc, amb la

utilització de la institució de la negociació col·lectiva, per la representació del personal, per les administracions i pels Tribunals de Justícia, quan els supòsits arribin amb ells.

Estem només davant d'un primer pas que ha donat l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, amb la creació de les Meses de negociació de condicions comunes de treball de personal laboral i de personal funcionari.

