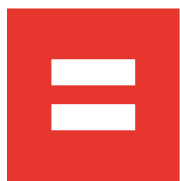


6



Estudios
de Relaciones
Laborales

Joan Mauri Majós

Los órganos de
representación del
personal funcionario:
delegados y juntas
de personal

Una visión crítica

6 Estudios de Relaciones Laborales

Los órganos de
representación del
personal funcionario:
delegados y juntas
de personal

Una visión crítica

© Diputació de Barcelona
Octubre 2012
Diseño gráfico: Jordi Palli
Producció: Direcció de Comunicació de la Diputació de Barcelona
Impressió: Gráficas Varona, SA
ISBN: 978-84-9803-505-6
Dipòsit legal: B. 25585-2012

Índice

1. Introducción	7
2. El espacio de los órganos de representación del personal funcionario	11
2.1. Planteamiento	11
2.2. El sistema de representación unitaria y sindical en las administraciones públicas: una perspectiva orgánica	13
2.3. El sistema de representación unitaria y sindical en las administraciones públicas: una perspectiva material	40
3. Los derechos de información y consulta en el Estatuto de los trabajadores y en el Estatuto de los empleados públicos: una perspectiva evolutiva	67
4. Leyes de función pública, negociación colectiva y competencias de los órganos de representación del personal funcionario	83
5. Las funciones de los órganos de representación del personal funcionario en el EBEP	95
5.1. Las funciones de información	96
5.2. Las funciones de consulta	112
5.3. Las funciones de vigilancia y control	122
El autor	127

1. Introducción

La finalidad de este trabajo es el estudio del régimen de participación del personal funcionario en la determinación de sus condiciones de trabajo. Se trata de considerar con amplitud de miras la función e incidencia de los órganos de representación de los funcionarios en la formulación y gestión de las políticas de personal. Con dicha intención me propongo un mejor conocimiento de los órganos que conforman la representación unitaria del personal y de sus competencias de información, consulta, vigilancia y control, teniendo presente su posicionamiento y la posible actuación respecto a otros derechos colectivos, como serían los casos del derecho de negociación colectiva, de conflicto colectivo y de huelga. Por lo tanto, con este estudio pretendo ayudar al establecimiento de la configuración jurídica de estas instituciones analizando de manera ordenada los correspondientes referentes legales, así como las oportunas referencias interpretativas ofrecidas desde una perspectiva judicial, y valorando la aportación que la negociación colectiva está produciendo sobre estas estructuras, siempre prestando una especial atención a las peculiaridades que sobre el sistema legal de representación proyecta la especificidad del sector público.

Pese a lo anterior, en los apartados iniciales de este trabajo sugiero algo más. Mi intención es contribuir a abrir un proceso de reflexión sobre la necesidad de reordenar el sistema actual de relaciones laborales en nuestro empleo público. Los órganos de representación de los funcionarios como objeto de reflexión deben situarse en un marco más amplio, que debe referirse a un modelo de relaciones laborales en el que conviven distintos actores representativos –delegados y juntas de personal, secciones sindicales y delegados sindicales, organizaciones sindicales y mesas de negociación– con funcionalidades también diferentes –participación, negociación, huelga– y con orientaciones diversas –diálogo, compromiso, confrontación y conflicto. De hecho, el universo de nuestras administraciones públicas está excesivamente concurrido por unos sujetos representativos con competencias superpuestas, poco diferenciadas y a menudo excesivamente orientadas por una lógica reivindicativa que deja poco espacio a una participación cooperativa.

También hay que ser consciente de que la estructura y el papel de los órganos de representación de los funcionarios públicos sufren una insoportable falta de modernidad y adecuación. Conviene recordar que el perfil institucional de los órganos de representación de los funcionarios públicos ha soportado pocas variaciones desde que fuera introducido, en el año 1987. El hecho es relevante si se tiene en cuenta que el perfil institucional de los comités de empresa ha vivido importantes modificaciones en la Ley 38/2007, de 16 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, y también por el influjo de la Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y los grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Desde un punto de vista estructural, lo cierto es que los órganos de representación de los funcionarios públicos siguen teniendo como sistema organizativo el modelo de administraciones territoriales, olvidando que la unidad operativa actual no adopta como referencia última una persona jurídica, sino una red de personas jurídicas públicas y privadas, en las cuales se actúa a través del poder jerárquico, pero también del poder de dirección y del poder contractual de la administración. Hoy en día la representación de los intereses del personal adopta distintos referentes, internos y externos, y debe hacer frente a unas políticas de descentralización, externalización y contratación de prestaciones de servicios, de modo que el colectivo necesitado de representación y defensa ya no queda única y exclusivamente constituido por los empleados de una organización pública, sino por las personas que prestan servicio a una red de administraciones que aparecen como un complejo orgánico con una multiplicidad de vinculaciones y sistemas de dependencia.

Más allá de la reflexión subjetiva o funcional sobre la identificación de los órganos de representación de los funcionarios públicos, pretendo con este estudio adoptar un carácter prospectivo y establecer el alcance de estas figuras y sus ámbitos de competencia, desde la perspectiva estricta de si conforman o no un sistema cerrado de intervención, lo cual resultaría, o no, de su posible desarrollo y ampliación por las leyes de empleo público de una comunidad autónoma o del ejercicio de la negociación colectiva por las diferentes administraciones públicas dotadas de autonomía.

Por lo tanto, el trabajo que ofrezco a continuación adopta la siguiente estructura: en la primera de las partes previstas me refiero al cruce de competencias entre los distintos sujetos representativos de intereses de los empleados públicos, e intentaré establecer la funcionalidad última de los órganos de representación de los funcionarios; en la segunda me refiero al déficit de modernidad de la estructura de representación de los funcionarios desde la perspectiva estricta de su falta de adecuación a las realidades organizativas de un modelo de gestión pública confi-

gurado en red, y de la falta de adaptación de las competencias de dichos órganos al marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Unión Europea; propongo, en el tercer apartado, un estudio de las posibilidades de intervención de las leyes autonómicas y de los acuerdos colectivos sobre las estructuras de representación, posibilidad que de este modo se convertiría en un recurso esencial para su reforma y adaptación; el cuarto capítulo, último de los previstos, versa sobre la configuración de los derechos de información y consulta de los órganos de representación y sobre sus facultades de vigilancia y control, perfilando y concretando su régimen jurídico.

2. El espacio de los órganos de representación del personal funcionario

2.1. Planteamiento

La participación del personal en la función pública adopta inicialmente un modelo dual, construido sobre dos sujetos básicos: los órganos unitarios –delegados y juntas de personal– y los sindicatos –delegados y secciones sindicales. Tales sujetos comparten algunas áreas de actividad centradas en los derechos de información y consulta, con un entramado material y funcional no exento de complejidad; pero, a diferencia de lo que sucede en el sector privado, el área de coincidencia termina aquí. Los órganos unitarios representativos de los funcionarios públicos no tienen competencias atribuidas para llevar a cabo la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios ni tampoco para plantear acciones de conflicto colectivo y de huelga. Aun así, se atribuye a dichas representaciones unitarias una competencia específica para vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo, lo que les permite ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes.

Este planteamiento inicial tiene una evolución sorprendente: junto a los órganos de representación del personal funcionario y de las organizaciones sindicales existentes en las administraciones, emerge un conjunto de actores institucionales que adoptan un perfil propio y diferenciado. De este modo, las mesas de negociación de los diferentes niveles y sectores se estructuran como órganos virtuales para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, en el mismo momento en que unas inespecíficas e indeterminadas «organizaciones sindicales» asumen competencias de negociación o de consulta especializada en determinadas materias. En otra dirección, la inexistencia de una regulación específica del derecho de huelga en el sector público atrae la introducción de órganos, como por ejemplo el comité de huelga previsto para un fin tan concreto como puede ser la gestión del conflicto colectivo en el seno de nuestras administraciones públicas. Además, se han establecido, con perfil propio, derivaciones de los órganos exis-

tentes y especializados en ciertas materias, como es el caso de los delegados de prevención y los comités de seguridad y salud.

La complejidad del sistema se incrementa si tenemos en cuenta la naturaleza dual de nuestro empleo público, que plantea un doble sistema de canales de participación, en función de la naturaleza jurídica de la representación, y que hace aparecer, junto a los órganos representativos propios del personal laboral –los comités de empresa–, unas nuevas instituciones derivadas del modelo integrado de empleo público. Estas nuevas instituciones sirven tanto al personal laboral como al personal funcionario, y alcanzan su mejor expresión en las mesas de negociación de las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de cada administración pública y en las llamadas secciones sindicales mixtas.

Ha de destacarse el hecho objetivo de que todas estas instancias y órganos han ido evolucionando hacia la aceptación de pautas comunes de comportamiento fundamentadas en un mimetismo funcional de las competencias y atribuciones de cada instancia, de acuerdo con la hegemonía del modelo laboral de comités de empresa y delegados de personal, que la legislación no ampara y la doctrina de nuestros tribunales corrige de forma clara y precisa, con la asunción de unas dosis de conflictividad que una más prudente gestión del modelo legalmente previsto con toda probabilidad habría evitado.

La consecuencia última de esta situación ha sido la existencia en nuestras administraciones públicas de un sistema de órganos de representación y de unas competencias de participación que hacen que la gestión de personal resulte extraordinariamente compleja, fatigosa e imprecisa, lo que abona una situación de alta inseguridad jurídica. El resultado de todo lo anterior ha sido también una sindicalización excesiva de la gestión de los recursos humanos. De hecho, el sindicato es el nexo de unión en que los diferentes órganos de representación acaban por desembocar. Precisamente ese protagonismo institucional produce una conflictividad excesiva en algunos de los núcleos esenciales del sistema de relaciones laborales, que no han sido concebidos por el legislador desde la lógica del conflicto, sino desde la lógica colaborativa, lo que hace que la división clásica entre órganos de participación y de reivindicación simplemente desaparezca.¹ Este estado de la situación, tal como acabamos de exponerlo, produce también un efecto indirecto que a mi parecer no puede ser considerado menor. La sindicalización de los órganos de representación acaba provocando su marginalización y pérdida de importancia en el conjunto del sistema de representación, hasta el punto de que a menudo es difícil distinguir el perfil funcional de unos órganos representativos de todos

1. Tomo en estas líneas algunos argumentos de Escudero Rodríguez, Ricardo, «El doble canal de representación en la empresa y sus crecientes derivaciones», en Escudero Rodríguez, Ricardo; Jesús R. Mercader Uguina (coordinadores), *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 1-7.

los funcionarios, que queda sustituido o desplazado por unos órganos con relevancia constitucional, pero que en última instancia representan única y exclusivamente la voluntad de sus afiliados.

Con los datos anteriores se hace imprescindible analizar y sistematizar a los actores representativos de los funcionarios públicos y sus competencias, teniendo presentes las principales características que diferencian a los sujetos colectivos de las funciones que les dotan de identidad y sustancia propia, con la voluntad de determinar los perfiles exclusivos de cada una de estas representaciones en términos de finalidad o misión principal que los órganos deben perseguir.

2.2. El sistema de representación unitaria y sindical en las administraciones públicas: una perspectiva orgánica

La Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público (en lo sucesivo, EBEP) prevé la existencia de órganos específicos de representación de los funcionarios de elección directa, que se denominan delegados de personal y juntas de personal, y que tienen como función principal el ejercicio del derecho de participación –información y consulta, colaboración con la administración pública y vigilancia del cumplimiento de la legalidad vigente en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo. Resumiendo, estamos ante unos órganos representativos de todos los funcionarios con competencias de participación y control de la gestión ordinaria del personal en nuestras administraciones públicas.²

Este espacio representativo es discutido a simple vista por unas representaciones sindicales apoderadas por el artículo 8 de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical (en adelante, LOLS), que establece la posibilidad de que los sindicatos se organicen en la empresa o en los centros de trabajo mediante secciones sindicales, mientras que el artículo 10 del mismo texto prevé que, en las empresas o centros de trabajo con más de 250 trabajadores, las secciones con presencia en los órganos de representación que se establezcan en las administraciones estén representadas a todos los efectos por delegados sindicales elegidos por sus afiliados entre sí.

Estas representaciones son parte del sindicato, se fundamentan en el derecho de libertad sindical y asumen la promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo.³ Por tanto, las secciones y delegados sindicales son sin duda órganos de representación de

2. Este planteamiento relativo al ámbito privado se toma de Pérez Anaya, Rosa María, *La coexistencia de los canales de representación de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Difusión Jurídica, 2011, p. 30-51.

3. Tal como se afirma en Agut García, Carmen, *La sección sindical*, Albacete, Bomarzo, 2004, p. 5-11.

los trabajadores en la empresa o en el centro de trabajo, pero no estará de más advertir que, desde una perspectiva estricta de representación de intereses, estas instancias guardan una relación directa y primordial con las ideas y percepciones de su base constitutiva, integrada por sus afiliados.⁴ Por ello, las secciones sindicales y los delegados sindicales mantienen de hecho una doble naturaleza como órgano del sindicato, representativo de sus afiliados, y como órgano de representación de los trabajadores, similar a los órganos de representación unitaria. Tal representación, sin embargo, deriva de una manifestación del derecho de libertad sindical y de una habilitación constitucional directa contenida en el artículo 7 de la Constitución española (en lo sucesivo, CE).

Precisamente, como órgano del sindicato, la sección, en calidad de representante de los trabajadores y, obviamente, de sus afiliados, podrá desarrollar la acción colectiva que pueda derivarse del ejercicio del derecho de libertad sindical, y sus delegados pueden ejercer los derechos de carácter participativo que se les reconoce por intermediación de la legislación vigente.⁵ Sobre ello, el artículo 10.3 LOLS afirma que los delegados sindicales, en el supuesto de no formar parte del comité de empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas para los miembros de los órganos de representación de las administraciones públicas y específicamente tendrán derecho a acceder a la misma información y documentación que se ponga a disposición de los correspondientes órganos de representación, además de estar facultados para asistir a las reuniones del órgano u órganos de representación en materia de seguridad e higiene, con voz pero sin voto. Aun así, y como competencia propia, se reconoce a los delegados sindicales el derecho a ser escuchados previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que puedan afectar a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, especialmente en los casos de despido y sanciones de estos últimos, es decir, de sus afiliados.

La sección sindical, pues, y sus representantes, pueden fundamentar sus competencias en las funciones directamente derivadas del derecho de libertad sindical, como pueden ser las de negociación colectiva, huelga y conflicto colectivo, sin perjuicio de ciertos derechos de información y facultades participativas, entre las que parecen tener un contenido propio y diferenciado la adopción de medidas de carácter colectivo sobre el conjunto de los trabajadores y los despidos y sanciones sobre sus afiliados.

Sobre esta afirmación inicial debo hacer dos correcciones. La primera se refiere al ámbito de actuación de las dos representaciones, que no resulta coincidente en

4. Una reflexión en esta dirección se puede encontrar en Pérez Anaya, Rosa María, *La coexistencia de los canales...*, op. cit., p. 82-83.

5. Se ha dicho, con razón, que la sección sindical no es propiamente un órgano de representación, y que las funciones de información y participación que se reconocen a las estructuras sindicales deben remitirse a los delegados sindicales, tal como puede verse en Sáez Lara, Carmen, «La representación colectiva de los trabajadores en la empresa», 58, 2005, p. 317.

todos y cada uno de los supuestos posibles, e incluso más: no es ordinariamente coincidente. De conformidad con el artículo 39.2 EBEP, la posibilidad de constituir un órgano de representación unitaria se podría dar en aquellas unidades en las que el número de funcionarios sea igual o superior a seis. En cambio, el despliegue de la representación sindical requiere un censo de más de 250 efectivos, siempre que el sindicato tenga representación en el órgano unitario. Solamente de esta manera se tendrá derecho a nombrar un delegado sindical que pueda asumir las funciones participativas a que nos hemos referido. Parece, por lo tanto, que la coincidencia del doble canal de representación que planteábamos como hipótesis de trabajo solo será posible en las administraciones públicas de mayor dimensión.⁶

La segunda cuestión que debe plantearse parte de la constatación de que en la administración pública la determinación de ámbitos para la constitución válida de los órganos de representación es hoy una cuestión abierta y no exenta de polémica. Nuestro sistema de representación de los funcionarios se articula en torno a un indefinido concepto de unidad electoral, que debe ser objeto de determinación por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas, como prevé el artículo 39.4 EBEP. Por ello, el ámbito para el establecimiento de los órganos de representación de los funcionarios no depende *a priori* de un concepto relacionado con el sistema técnico y social de organización de la producción, como puede ser el de empresa o centro de trabajo para el sector privado, sino que es objeto de configuración legal.

Con todo, la configuración legal de las unidades de representación de los funcionarios resulta disponible para los órganos de gobierno de las administraciones públicas que, con el acuerdo previo de las organizaciones legitimadas en los artículos 6 y 7 de la LOLS, pueden modificar o establecer unidades electorales dependiendo del número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración a las estructuras administrativas o a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan.

El perímetro de representación en el sistema de función pública adopta pues una geometría variable, condicionada por unos elementos de naturaleza legal, si bien, si se analiza con detalle la configuración permitida, esta remite, sin duda, a las posibles unidades de negociación. De hecho, el propio artículo 39.4 EBEP relaciona estrechamente el dibujo legal de las posibles unidades electorales con los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan, ámbitos definidos por la constitución de las pertinentes mesas de negociación en el seno de la administración general del Estado, así como en cada una de las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales, sin perjuicio de la posible consti-

6. Con estos datos, la hipótesis de la doble representación no es tan real como podría afirmarse a simple vista, como dice en Rodríguez-Sañudo, Fermín, «La representación unitaria de los trabajadores en la empresa», en Rodríguez Sañudo, Fermín; Esther Carrizo Prieto, *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid, Tecnos, 2011, p. 67.

tución de mesas sectoriales, atendiendo a las condiciones específicamente de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número, como se dice en los apartados 1 y 4 del artículo 34 EBEP.

Así pues, parece que en nuestro sistema estatutario existe una clara opción por hacer coincidir las unidades de constitución de los órganos de representación con las unidades de negociación, y ambas, de manera obligatoria, con cada una de las administraciones públicas territoriales; y, potestativamente, con los organismos públicos o con sectores concretos de la función pública caracterizados por las peculiaridades de su régimen jurídico y por el número de efectivos. En conclusión, el sistema de administraciones públicas territoriales lleva a la constitución de los ámbitos de representación y negociación de los funcionarios públicos, sin perjuicio de su flexibilización por causas organizativas o por la singularidad del régimen jurídico de un sector de la función pública y por su número de efectivos. Además, esta tesis encuentra una verificación temporal en la disposición derogatoria única del EBEP que deroga íntegramente la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación de personal al servicio de las administraciones públicas, excepto el artículo 7, precepto que determina el ámbito de constitución de las juntas de personal de acuerdo con unas unidades electorales que toman como referencia a las administraciones territoriales, con especificación de los correspondientes departamentos, organismos públicos y órganos periféricos para la administración del Estado y de las comunidades autónomas. En todo caso, y respecto a las cuestiones que aquí nos interesan, conviene subrayar en estos momentos que los órganos de representación de los funcionarios públicos toman como referencia el concepto de entidad local y se articulan en torno a él; sencillamente, un órgano de representación, un órgano de negociación, por cada uno de los ayuntamientos, diputaciones, cabildos, consejos insulares y otras entidades locales, sin perjuicio de que, por decisión de los correspondientes órganos de gobierno, con el previo acuerdo de las organizaciones sindicales representativas, puedan establecerse órganos de representación dependiendo del número y las peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración a las estructuras administrativas o, algo que resulta fundamental, a los ámbitos de negociación constituidos o que se constituyan.⁷

En este marco, la posición de las estructuras sindicales se considera secundaria y dependiente de la disposición de las estructuras unitarias de representación del personal. En el sector privado, el ámbito de constitución de las secciones sindicales se define con dos conceptos: en la empresa o en el centro de trabajo. Esta

7. Aparece aquí como elemento determinante el hecho objetivo de que la correspondencia entre órganos de representación unitaria y unidades o ámbitos de negociación es esencial a efectos de determinar la representatividad y, por lo tanto, la legitimación para negociar, tal como se afirma en Valverde Asencio, Antonio José, «Representación y participación institucional», en Del Rey Guanter, Salvador (director), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 449.

previsión, contenida en el artículo 8 LOLS, presupone una indicación legal sobre el espacio idóneo para el desarrollo de la acción sindical planteada en términos amplios y flexibles, perfectamente compatible con el ideario teórico del sindicalismo representativo que reivindica la autonomía del sindicato para la elección del ámbito de actuación que considere más adecuado. Incluso así, las nociones de empresa o de centro de trabajo que se utilizan alternativamente hacen referencia a unos conceptos jurídicos determinados con cierta precisión en el artículo 1 ET, pero que resultan privados de funcionalidad descriptiva en el ámbito de las estructuras públicas. En las administraciones públicas no existen empresas o centros de trabajo.⁸ Existen entidades territoriales, organismos públicos, órganos y unidades administrativas, con lo que la indicación legal para la constitución válida de estructuras sindicales queda privada de significación. A partir de aquí puede defenderse que sea la representación sindical la que pueda elegir el ámbito considerado idóneo para el despliegue de su acción, lo que sin duda puede traducirse en una ampliación cuantitativa de los derechos de acción sindical que las administraciones públicas deberán soportar o, simplemente, habrá que tener presente el paralelismo que se observa entre las estructuras sindicales y las unitarias que evidencian los artículos 8 y 10 LOLS.

La asimilación se hace evidente si tenemos en cuenta que la capacidad representativa de las secciones y de sus delegados depende de la representación que el sindicato haya obtenido en los órganos unitarios, y ello condiciona y matiza sin duda la capacidad de elección del sindicato en la constitución de sus propias estructuras.⁹ De aquí que nuestra doctrina judicial haya considerado conveniente precisar que las unidades electorales establecidas por la legislación que regula el régimen jurídico de los funcionarios constituyen con tal finalidad «unidades de producción» en relación con la prestación de un servicio público, y de este efecto se deduzca que el ámbito equiparable e idóneo para el desarrollo de la acción sindical en las administraciones públicas son las unidades electorales para la constitución de las juntas de personal, dado que es este el espacio que permite acreditar la representatividad sindical y desplegar los derechos relacionados con la acción de los sindicatos.¹⁰ Por ello, lo que sucede es que la interpretación legal, tanto como

8. Álvarez de la Rosa, Manuel, «Constitución de secciones sindicales: problemas en la delimitación de empresa (grupos de empresas) y en la consideración de los afiliados (funcionarios y trabajadores)», *Tribuna Social*, 67, 1996, p. 23.

9. Sobre esto, el artículo 8.2 LOLS condiciona el derecho a disponer de un tablón de anuncios, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la utilización de un local adecuado a la presencia de las correspondientes secciones sindicales en las estructuras unitarias de personal. El artículo 10.1 y 3 LOLS señala que en los centros de trabajo con más de 250 trabajadores, las secciones sindicales con presencia en los órganos de representación que se puedan constituir en las administraciones públicas estarán representadas a todos los efectos por delegados sindicales, que tendrán derecho a la misma información y documentación que se ponga a disposición del órgano de representación unitaria, a asistir a las reuniones de dicho órgano y a ser escuchados previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, especialmente en los despidos y sanciones a estos últimos. Sobre este planteamiento, Roqueta Buj, Remedios, «El ámbito de actuación de las secciones y delegados sindicales del personal laboral en las administraciones públicas», *Tribuna Social*, 31, 1993, p. 48-50.

10. SSTs de 1 de abril de 1995, RJ/1995/3225, y de 9 de mayo de 2003, RJ/2003/4725. En esta misma dirección las SSTsJ de Galicia de 17 de junio de 2009, JUR/2009/301188, de Cataluña de 26 de junio de 2008, JUR/2008/316561, de Navarra de 17 de

la doctrina judicial, acaban produciendo una identificación entre centro de trabajo y unidad electoral a efectos de organización y acción sindical en las administraciones públicas, planteamiento que subordina la autonomía organizativa de los sindicatos a unas estructuras de representación unitaria que en última instancia resultan de una creación legal condicionada por la determinación de la representatividad sindical en los posibles ámbitos de negociación.¹¹

En el sistema de representación de los intereses de los funcionarios públicos, el papel del sindicato no se reduce a la constitución de secciones y la elección de los correspondientes delegados sindicales. El artículo 33.1 EBEP reconoce a las organizaciones sindicales representativas capacidad para participar en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal funcionario. A tal objeto, deben constituirse mesas de negociación, en las que las organizaciones sindicales más representativas estarán legitimadas para estar presentes, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones a delegados y juntas de personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución.

La expresión «mesas de negociación» tiene una pluralidad de significados. Por una parte, en sentido objetivo, alude a la unidad de negociación con capacidad de determinar el ámbito negocial; por otra, en sentido subjetivo, hace referencia al órgano de negociación que integra a las partes para estructurar y desarrollar su actividad negocial.¹²

Desde una perspectiva objetiva, las mesas generales deben ser consideradas unidades típicas de negociación determinadas directamente por el legislador, de acuerdo con un principio esencial que toma cuerpo en el artículo 34.1 EBEP: a efectos de la negociación colectiva de los funcionarios públicos, debe constituirse una mesa general de negociación en el ámbito de la administración general del Estado, así como en cada una de las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales. Por tanto, el sistema se fundamenta en la constitución de una

febrero de 2006, JUR/2006/127796, de Galicia de 6 de noviembre de 2002, RJCA/2003/413, de Madrid de 8 de octubre de 2003, JUR/2003/144288, de Castilla-La Mancha de 22 de abril de 2002, JUR/2002/173596, del País Vasco de 29 de febrero de 2000, As/2000/585, de la Comunidad Valenciana de 27 de julio de 1999, RJCA/4794, de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 21 de marzo de 1997, As/1997/1146, de 30 de septiembre de 1998, RJCA/1998/3224, y de 4 de junio de 1996, As/1996/170.

11. Cuestión distinta y reflejo exacto de las dificultades de articulación del sistema de representación del personal en el ámbito público resulta ser la polémica existente sobre la constitución de secciones sindicales mixtas de personal funcionario y personal laboral y su proyección a efectos del cómputo de 250 trabajadores establecido en el artículo 10.1 LOLS para la elección de un delegado sindical que pueda disfrutar de las garantías y derechos establecidos en el párrafo tercero de este precepto. Las dificultades no nacen de la constitución de la sección mixta, a pesar de que algún pronunciamiento judicial parece referirse a este hecho advirtiendo que la legislación vigente ha dotado de sustantividad propia a la representación sindical en el ámbito de las relaciones funcionariales, como se puede ver en la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 12 de julio, de 2002, JUR/2002/244941, sino de la afirmación de la imposibilidad de tener en cuenta para el cómputo de 250 efectivos al personal laboral y al personal funcionario, formando un censo conjunto, entendiendo que esta cifra debe acreditarse por separado, diferenciando también la implantación del sindicato en cada una de las representaciones colectivas unitarias, laboral y funcionarial, como sostienen las SSTSJ de Murcia de 23 de julio de 1996, As/1996/3558, de Cantabria de 28 de marzo de 1994, As/1994/1015, y de Galicia de 18 de noviembre de 1993, As/1993/4741.

12. Esta distinción es precisada ya en un primer momento por Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, MAP, 1988, p. 180-181.

mesa general de negociación en cada entidad territorial para la negociación de las condiciones de trabajo del ámbito correspondiente. Con todo, de conformidad con lo establecido por el artículo 34.4 EBEP, dependiendo de las mesas generales de negociación y por acuerdo de estas, pueden constituirse mesas sectoriales, atendiendo a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número. Todo ello entendiendo que el despliegue del sistema negocial en nuestras administraciones puede ser objeto de pacto o acuerdo con la finalidad de establecer la estructura de la negociación colectiva, pero también para fijar las reglas que deben resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito, señalándose al respecto los criterios de primacía y complementariedad entre distintas unidades negociadoras, tal como determina el artículo 38.9 EBEP.

A pesar de todo, es evidente que los criterios de constitución de las unidades de negociación correspondientes guardan una relación estricta con los ámbitos apropiados para la negociación, que a su vez remiten a las competencias de las mismas administraciones públicas para definir las condiciones de trabajo de los funcionarios. Es decir, el criterio de competencia para fijar el régimen jurídico de los empleados públicos determina la unidad apropiada de negociación e, indirectamente, la unidad electoral, que a su vez sirve de elemento esencial para definir las estructuras sindicales en el seno de las administraciones públicas. Así pues, el sistema de representación del personal en nuestras administraciones toma como referencia el criterio de competencia y no el del espacio idóneo o adecuado, la unidad productiva por excelencia, la empresa o el centro de trabajo, para desarrollar una función de representación de los intereses económicos y sociales de los empleados públicos.

Si abordamos ahora la vertiente subjetiva de la mesa de negociación entendida como órgano de negociación con composición mixta e integrada por las organizaciones sindicales más representativas de los funcionarios y por los representantes de la administración pública, deberemos comenzar deteniéndonos en el problemático carácter de su propia naturaleza. De hecho, la cuestión de la condición jurídica de las mesas de negociación fue planteada en años anteriores por una continua jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha tendido a negar toda conexión entre el derecho de negociación colectiva de los funcionarios y el derecho de libertad sindical, argumentando que la atribución de tal derecho no se opera en favor de un sujeto sindical, sino de las mesas de negociación, entendidas como órganos estables de negociación y de origen legal, creadas específicamente para dicha finalidad.¹³

13. SSTS de 14 de julio de 1994, RJ/1994/6017, de 4 de octubre de 1994, RJ/1994/7846, de 3 de noviembre de 1994, RJ/1994/10190, de 20 de enero de 1995, R/1995/609, de 1 de febrero de 1995/RJ/1995/1210, de 30 de junio de 1995, RJ/1995/5107, y de 4 de julio de 1995, RJ/1995/6155. El resultado último de este planteamiento es la imposibilidad de referir el derecho de negociación colectiva a las organizaciones sindicales de los funcionarios, lo que impide su conexión directa o indirecta

En el sistema del derecho del trabajo, la comisión negociadora se considera un instrumento del proceso de negociación del que disponen las partes para la discusión, elaboración y, en su caso, aprobación del convenio colectivo. Con todo, su composición mixta y la imposibilidad de atribuirle una voluntad propia y diferenciada del acuerdo que puede alcanzarse entre las representaciones existentes en su seno ha llevado a que se haya rehusado considerarla un órgano de representación con competencias propias. En cualquier caso, se admite considerar esta comisión como un órgano creado *ad hoc* para proceder a la negociación, órgano virtual con competencias propias que no imputa su actividad a una organización determinada, sino que desarrolla una función concreta atribuida por una norma jurídica, y esa es precisamente la característica principal de dichos órganos, que no asumen una representación de intereses precisa, pero cuya actuación como propia tiene unos indudables efectos jurídicos.¹⁴ De hecho, la comisión negociadora sería fundamentalmente un centro de encuentro para la negociación y el acuerdo colectivo diferenciado nítidamente de los sujetos legitimados para negociar, que son precisamente los que aportan sus componentes y los que pueden reivindicar el ejercicio de las acciones pertinentes siempre que resulte necesario.¹⁵ La comisión negociadora, considerada pura y simplemente como un instrumento de la negociación, no puede actuar en el campo jurídico como titular de derechos y obligaciones, de manera que sus posibilidades de actuación quedan en manos de las representaciones sindicales, que efectivamente poseen el derecho a negociar y que son las que designan a las personas físicas que efectivamente llevarán a cabo la negociación.¹⁶

Sin embargo, debe hacerse patente un aspecto esencial en la configuración de la comisión negociadora: esta comisión tiene una vida temporal; la comisión es un instrumento constituido para la negociación de un convenio colectivo; negociado el convenio o aceptado el bloqueo de la negociación y la imposibilidad de llegar a

con el ejercicio del derecho de libertad sindical, de modo que las lesiones al derecho de negociación colectiva de los funcionarios no puedan ser neutralizadas por los sistemas jurisdiccionales de protección de los derechos fundamentales, razonamiento que hizo que en su día esta línea jurisprudencial recibiese fuertes críticas, tal como puede verse en Manzana Laguarda, Rafael, «Negociación colectiva en el ámbito de la función pública (pese a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1994)», *Revista General del Derecho*, 606, 1995, p. 1667 y ss.; Rivero Lamas, Juan, «El proceso de laboralización en la función pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 6-7, 1995, p. 96-97; Del Rey Guanter, Salvador; Manuel Luque Parra, «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Relaciones Laborales*, 1, 1997, p. 312-313.

14. Nos moveríamos dentro de la clásica distinción entre órganos de sujeto y órganos de función, como se recoge en el trabajo de García-Trevijano Fos, José Antonio, *Principios Jurídicos de la Organización Administrativa*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 123-124. La noción de órgano virtual se construye en la teoría de la organización administrativa por contraposición a los órganos reales de carácter interadministrativo o a los órganos exponenciales de intereses; de hecho, el fundamento último del órgano virtual se encuentra en su naturaleza funcional, en el hecho de servir para una composición eventual de intereses, con lo que su actividad se considera no permanente y sujeta a su capacidad para la composición de conflictos; al respecto: Valentini, Stelio, *La collegialità nella teoria dell'organizzazione*, Milán, Giuffrè Editore, 1968, p. 195-206.

15. Como afirma Solans Latre, Miguel Ángel, *Garantías Legales de la Negociación Colectiva Estatutaria*, Madrid, CES, 2003, p. 270.

16. En esta dirección, Rodríguez Cardo, Iván Antonio, *La comisión negociadora del convenio colectivo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 12-13.

un acuerdo, la comisión debe disolverse puesto que ya ha cumplido la función que justificó su creación.¹⁷

Desde esta perspectiva, una concepción de las mesas de negociación como centros de imputación del derecho de negociación del personal funcionario, con capacidad para asumir una función representativa de carácter estable y permanente, casa mal con la configuración de origen laboral. De ahí que la doctrina constitucional se haya apresurado a asegurar que no resulta procedente atribuir el derecho de negociación a la mesa, puesto que se trata de órganos no personificados e integrados por la representación de las partes interesadas, esto es, empleador y empleados en terminología laboral, posición que en última instancia privaría al sindicato de una legitimación propia para la negociación y para exigir de la administración el derecho a negociar.¹⁸

De todos modos, lo cierto es que en nuestras administraciones públicas las mesas de negociación parecen adquirir una función institucional de representación estable de intereses profesionales que hasta ahora se ha deducido de su doble finalidad, de servir como instrumento de negociación y como órgano de consulta. Conviene no olvidar que en la anterior legislación, el artículo 34 de la Ley de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las administraciones públicas (en lo sucesivo, LORAP) excluía de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las administraciones públicas que afectaran a sus potestades de organización, y advertía que, cuando pudieran tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, procedería la consulta a las organizaciones sindicales que pudieran estar presentes y actuar en la correspondiente mesa de negociación. Precisamente, de esta opción se dedujo la idea de que las mesas de negociación también eran mesas de consulta, lo que sin duda las dotaba de otra perspectiva institucional.¹⁹ Ahora la doble consideración de las mesas, como órganos de negociación y consulta, parece haber perdido sentido, dado que el artículo 37.2 EBEP prevé expresamente que, cuando las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, será procedente la negociación con las organizaciones representativas. A pesar de todo, es un hecho que existe una determinada inercia organizativa que tiende a perpetuar el carácter institucional de las mesas de negociación y que todavía puede hallar fundamento en alguna competencia de informa-

17. Solans Latre, Miguel Ángel, *Garantías Legales de la Negociación...*, op. cit., p. 270-271.

18. A este respecto, las SSTC 101/1996, de 11 de junio, 224/2000, de 2 de octubre, 85/2001, de 26 de marzo, y 89/2003, de 19 de mayo. Precisamente, la STC 85/2001 atribuye a las mesas de negociación la condición de vías procedimentales de articulación de dicha negociación y señala que: «existen órganos que, según el legislador, son los "cauces" [...], que sirven de marco legal y en el seno de los cuales se articula y desarrolla la negociación colectiva de los titulares del derecho homónimo, cauces que por ello resultan indisponibles para cualquiera de los interlocutores».

19. En esta dirección va el planteamiento de Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios a la Ley de Órganos...*, op. cit., p.182, y de Roqueta Buj, Remedios, *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 183.

ción propia de la parte sindical de estas instancias de negociación, como la que establece el artículo 38.10 EBEP, en el que se prevé que la suspensión o modificación de los pactos y acuerdos ya firmados por causas graves de interés público derivadas de una alteración sustancial de las circunstancias económicas presupondrá para las administraciones públicas la carga de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.²⁰

De hecho, las mesas como tales han sido siempre órganos virtuales de negociación de carácter no permanente que deben constituirse en cada momento con los datos de representación válidos para la apertura del correspondiente proceso de negociación encaminado a acordar con la administración los criterios generales en los que deben desarrollarse las relaciones de trabajo.²¹ Su carácter instrumental se manifiesta en el dato objetivo de que las organizaciones sindicales integradas en su seno siguen actuando como actores colectivos, vinculándose, en el desarrollo de sus funciones, a un sujeto sindical y no a un mandato representativo, sin asumir otra representación que la suya propia y, específicamente, como se hace evidente en el hecho de que el sindicato puede abandonar la mesa de negociación, puede negarse a suscribir un acuerdo con independencia de la voluntad expresada por el órgano, sin una especial subordinación al régimen de mayorías vigentes para la formación de actos colegiales, usando de su propia libertad al margen de cualquier vinculación.²²

No hay, pues, en principio, razón jurídica alguna para defender la naturaleza de órganos estables de representación respecto a las mesas de negociación más allá de la ya abandonada doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia y de la inercia histórica que los procesos de consulta o de negociación hayan generado sobre dicha cuestión.²³ Aun así, es cierto que nuestra opinión debe contrastarse con la evidencia empírica que supone la frecuente aprobación por parte de las corporaciones locales de reglamentos de organización y funcionamiento de las mesas de negociación que tienden a su institucionalización como órgano estable de naturaleza representativa, supuesto que se da cuando se prevé con claridad su con-

20. El tratamiento de este proceso se realiza en Palomar Olmeda, Alberto, «La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 144, 2009, p. 623-665, y en Alfonso Mellado, Carlos L., «La suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcionarial conforme al art. 38.10 EBEP», *Revista de Derecho Social*, 56, 2011, p. 21-42.

21. Como manifiesta una primera línea doctrinal del Tribunal Supremo, después abandonada, cuando afirma que el legislador no ha considerado las mesas de negociación como órganos de representación de los funcionarios, sino que sus funciones se reducen a servir de vehículo a una negociación que parece tener un horizonte anual, como se puede ver en la STS de 6 de marzo de 1991, RJ/1991/2114.

22. En la mesa no existen relaciones de dependencia funcional entre sus integrantes, sino que cada uno de los sindicatos conserva su identidad y singularidad, sin que ninguno de sus miembros pierda su individualidad en favor de un conjunto orgánico que no tiene que operar con la mayoría de sus integrantes para la formación de voluntad, tal como se plantea en Zoli, Carlo, *Gli obblighi a trattare nel sistema dei rapporti collettivi*, Padua, CEDAM, 1992, p. 245 y ss.

23. Como sostiene la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2011, JUR/2011/242829, ya no se puede concluir que el derecho a la negociación colectiva resida en la propia mesa, sino que el mencionado derecho, que no es derecho fundamental, efectivamente lo ostentan los empleados públicos en relación con sus condiciones de trabajo (art. 31 EBEP) y se ejercita a través de las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito correspondiente a través de las mesas de negociación.

dición de órgano constituido en la administración local de referencia para la negociación colectiva, cuando se incorpora a la representación pública un miembro designado por cada uno de los partidos políticos de una determinada corporación, cuando se prevé la celebración de sesiones ordinarias cada dos meses o seis meses o, simplemente, cuando se advierte que, con carácter supletorio, se aplicarán a este órgano de la negociación colectiva los preceptos de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común.²⁴ De hecho, cuando ello sucede, la mesa de negociación muda su naturaleza jurídica y se transforma en un órgano colegiado de representación de estructura compleja y variable, por estar integrada por distintos sujetos, y de carácter estable y permanente, con independencia de que puedan intervenir en cada momento distintas representaciones sindicales.

Lo indiscutible es que la legislación anterior, más concretamente la LORAP, refiere las competencias de negociación y de consulta a las organizaciones sindicales y a los sindicatos representativos. Así, por ejemplo, el artículo 30 de esta misma ley señala que la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos se efectuará mediante la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales, y a este efecto se constituirán mesas de negociación; y el artículo 33 LORAP completa el sistema advirtiendo que será procedente la consulta con las organizaciones sindicales cuando las consecuencias de las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Por lo tanto, en esta legislación son las organizaciones sindicales y los sindicatos más representativos en el ámbito de referencia los titulares del derecho a la negociación colectiva y a la consulta. Precisamente, este es el esquema que se traslada al artículo 33.1 EBEP, cuando establece que la negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos debe hacerse mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c, 7.1 y 7.2 LOLS, y cuando se afirma que es procedente la negociación con las organizaciones sindicales a las que se refiere el Estatuto cuando las consecuencias de las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, son las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito estatal –las del artículo 6.3.c LOLS–, las más representativas respecto a la comunidad autónoma –las del artículo 7.1– y las representativas en un ámbito terri-

24. Extraigo los ejemplos citados del Reglamento de funcionamiento de la mesa general de negociación conjunta del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Denia, www.denia.es/adjuntos/normativa/mesa_negociaci3n; del Reglamento de la mesa general de negociación de los empleados públicos del Ayuntamiento de Torredonjimeno (Boletín Oficial de la Provincia de Jaén, 116, 21.05.2008); del Reglamento de funcionamiento de la mesa general de negociación conjunto del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Benaguasil, www.benaguasil.com, y del Reglamento de funcionamiento de la mesa general de negociación del personal empleado público del Ayuntamiento de Santa Brígida (Boletín Oficial de la Provincia de Las Palmas, 123, 20.09.2009).

torial y específico por haber obtenido el 10% o más de delegados de personal en los órganos de las administraciones públicas correspondientes –las del artículo 7.2 LOLS– las legitimadas para ejercer el derecho a la negociación colectiva mediante las correspondientes mesas de negociación.²⁵

Sin embargo, lo que la norma no aclara es cuál puede ser el sujeto u órgano sindical legitimado para designar la representación en la correspondiente mesa de negociación y cuáles son las condiciones posibles para tal designación.

De entrada conviene tener presente que la constitución de las mesas de negociación no se sujeta a un determinado número de efectivos funcionariales integrantes de la correspondiente plantilla municipal. Por ello, en principio y *a priori*, parece perfectamente posible reclamar la constitución de una mesa de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo de un número de empleados públicos igual o incluso inferior a seis, funcionarios que articulan un ámbito de negociación, pero no una unidad electoral, y que podrían estar representados en la pertinente mesa de negociación por personas designadas por los sindicatos más representativos con una legitimación directa y automática producida por ministerio de la ley en todos los niveles territoriales y funcionales según la redacción del artículo 6.3 LOLS, sin necesidad de acreditar su implantación.²⁶ Este tema no es de ningún modo menor, pero sobre él deben abrirse una serie de interrogantes para dirimir, por ejemplo, si se tiene en cuenta que la irradiación como técnica de transmisión de la representatividad exige la existencia de una mínima estructura sindical en el ámbito de proyección de la correspondiente función representativa, lo que aquí no sucede, puesto que los artículos 6.3 LOLS y 33.1 EBEP reconocen directamente la legitimación de las organizaciones sindicales más representativas para estar presentes en las correspondientes mesas de negociación, con independencia de su representatividad o implantación en el ámbito de referencia. Esto no es todo: el mecanismo de la irradiación como tal permite, en principio, que determinados sindicatos que no acrediten la representación mínima del 10%, prevista por el artículo 7.2 LOLS en un ámbito territorial o específico, puedan ejercer en este ámbito las funciones ligadas a la mayor representatividad, por lo que la irradiación acabaría funcionando tomando como referencia última la representatividad obtenida en una determinada unidad electoral, lo que resultaría de difícil aplicación en las corporaciones locales de dimensio-

25. Conviene enfatizar el hecho de que la representatividad igual o superior al 10% debe obtenerse en el ámbito funcional y territorial específico, ámbito que delimita el campo directo y único de actuación, sin posibilidad de irradiación, como se afirma en la STS de 30 de abril de 1993, RJ/1993/2877.

26. Como se ha dicho, el ejercicio de atribuciones por la vía de la irradiación solo es privativo de los órganos sindicales inferiores; contrariamente, este mecanismo no sería predicable de las confederaciones sindicales, que tienen por sí mismas una mayor representatividad y que pueden ejercer sus competencias en sus ámbitos respectivos, pero solamente en estos, sin desbordar su ámbito funcional y territorial. Sencillamente, las confederaciones sindicales más representativas son los sujetos activos o propulsores de la irradiación, mientras que los restantes órganos sindicales encuadrados por los primeros son sus eventuales receptores. A este respecto, Escudero, Ricardo, *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 180-185.

nes reducidas que no disponen de la plantilla mínima para tener una representación unitaria.²⁷

La distorsión del modelo se amplía y se hace más evidente si se tiene en cuenta la introducción por el EBEP de nuevos criterios sobre constitución y composición de las mesas de negociación. A este respecto, el artículo 35 EBEP prevé que las mesas de negociación queden válidamente constituidas cuando las organizaciones sindicales representen, al menos, a la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate. Parece por tanto imposible la consecución de los umbrales de representación para la válida constitución de la mesa de negociación sin disponer de un órgano unitario al que poder referir el régimen de mayorías que la ley convierte en requisito esencial e ineludible para el ejercicio del derecho de negociación.²⁸ Todo ello nos aboca a una importante conclusión: la imposibilidad de constituir mesas de negociación en las corporaciones locales de pequeñas dimensiones o, incluso, yendo más allá, en las entidades locales en las que no estén constituidos los órganos de representación correspondientes. Sencillamente, los ayuntamientos que no tengan un número de funcionarios igual o superior a seis o que no dispongan de delegados y juntas de personal no podrán constituir mesas de negociación y, en consecuencia, sus funcionarios quedarían privados del derecho a la negociación que, en cambio, el artículo 31.1 EBEP les reconoce enfáticamente.²⁹ Con todo, sería posible una interpretación alternativa que resultase más respetuosa con el derecho de negociación de los funcionarios públicos, aunque incrementase las cargas de gestión de personal en las organizaciones de pequeñas y medianas dimensiones. Simplemente se podría entender que, aunque no existan órganos de representación en un ayuntamiento concreto, esto no supone que

27. Seguimos en estas líneas el trabajo de Navarro Nieto, Federico, «La representatividad por “irradiación” en la jurisprudencia», *Relaciones Laborales* I-1991, p. 451-459; precisamente, este autor nos dice que el mecanismo de la representatividad por «irradiación» remite a una condición «cualitativa» que el ordenamiento jurídico reconoce a las estructuras sindicales integradas en los sindicatos más representativos y que los equipará a la representatividad probada sobre mínimos «cuantitativos».

28. En esta dirección, Roqueta Buj, Remedios, *El derecho de negociación colectiva en el estatuto básico del empleado público*, Madrid, 2007, p. 257-261.

29. Podría pensarse que los derechos colectivos de los funcionarios de los ayuntamientos pequeños o de los ayuntamientos sin representación unitaria quedan salvaguardados por los mecanismos de negociación colectiva supramunicipales introducidos por el artículo 34.2 EBEP, pero si consideramos brevemente estos sistemas nos daremos cuenta de que no es así. Los acuerdos marco entre las federaciones y asociaciones de municipios, que sin duda son los que más se han prodigado, se firman entre los representantes de la federación correspondiente y las federaciones de servicios públicos, de servicios a la ciudadanía o sindicato autonómico de UGT, CC.OO. y CSIF –estos lo hacen en su consideración de «sindicatos representativos»–, y se configuran como un marco legal por el que se registrarán las relaciones entre los empleados públicos y las administraciones locales que los suscriban, como se puede ver, como ejemplo de un patrón unitario que se ha seguido en varias comunidades autónomas, como la de Madrid o la Comunidad Valenciana, en la Resolución de 1 de marzo de 2011, de la Dirección General de Trabajo y Prevención de Riesgos Laborales, por la que se dispone la inscripción en el registro central de convenios colectivos de trabajo, el depósito y la publicación del Acuerdo marco entre la Federación Regional de Municipios y Provincias de Castilla y León y los sindicatos CC.OO., UGT y CSIF, Boletín Oficial de Castilla y León, 64, 1 de abril de 2011. Por lo tanto, son los órganos de gobierno de las corporaciones locales los que formalizan los correspondientes acuerdos para su válida aplicación a los empleados públicos respectivos sin intervención de su representación unitaria o sindical, con lo que el denominado acuerdo de adhesión es sustancialmente un acuerdo unilateral que «extiende» al ámbito de una corporación local un acuerdo negociado en otro ámbito. Más allá de este planteamiento, se podría profundizar como alternativa en una posible constitución de unidades electorales y ámbitos de negociación supramunicipal desde «abajo», desde la estructura local, que adoptasen formas asociativas de gestión del sistema de relaciones laborales del personal de los ayuntamientos de menor dimensión.

pueda prescindirse de la negociación cuando esta resulte preceptiva, entendiendo que en tales situaciones la capacidad representativa quedará referida a las organizaciones sindicales más representativas, que en todo caso deben acreditar su implantación en el ámbito de referencia.³⁰

Al margen de las cuestiones planteadas hasta ahora, es innegable que las normas básicas no establecen directamente el sujeto sindical legitimado para integrar una mesa de negociación. En esta dirección puede pensarse que la legitimación negocial corresponde a las secciones sindicales que pertenecen a los sindicatos más representativos y a los que tienen presencia en los órganos de representación unitaria pero este planteamiento, que puede encontrar fundamento en el artículo 8.2.b LOLS, en el que se reconoce el derecho de las secciones sindicales a la negociación colectiva, parece discutible. Como ya se ha dicho, en principio la legitimación negocial del artículo 8.2.b LOLS y la señalada en el artículo 33.1 EBEP, no resultan del todo coincidentes, puesto que la sección sindical puede afirmar su derecho a la negociación colectiva como órgano de un sindicato más representativo o como órgano de un sindicato que haya obtenido presencia en el órgano de representación establecido por la correspondiente administración pública, presencia que puede obtenerse con la elección de un solo delegado, es decir, cuando se obtiene con un mínimo del 5% de los votos, como prevé el todavía vigente artículo 18.1.b LORAP; en cambio, en el sistema del Estatuto de los funcionarios públicos la legitimación para negociar solo la obtienen los sindicatos representativos cuando logran el 10% de los delegados de personal.³¹ Existe, pues, una disonancia entre el derecho a negociar que se reconoce a las secciones sindicales vía LOLS y el derecho a negociar reconocido a los sindicatos en el artículo 33.1 EBEP.³² A mi parecer esta contradicción debe resolverse recordando que en el sistema del Estatuto de los funcionarios públicos la atribución al sindicato del derecho de negociación es una creación legal sujeta a configuración. Es la ley la que reconoce el derecho de las organizaciones sindicales a la negociación colectiva, sin perjuicio de su integración en el contenido adicional de la libertad sindical, con una intensa configuración que puede llegar a determinar los órganos de la negociación, su objeto y las líneas generales del procedimiento negocial; en este marco el sindicato tiene derecho a exigir la negociación en los términos y las condiciones establecidas por

30. Esta es la solución por la que opta la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2011, RJCA/2001/1150.

31. La disposición transitoria quinta EBEP establece que, mientras no se determine el procedimiento electoral general que prevé el Estatuto, se mantienen con carácter de norma básica una serie de artículos de la LORAP entre los que se encuentra el artículo 18.

32. Esta disonancia es reconocida por Roqueta Buj, Remedios, *El derecho de negociación colectiva en el estatuto básico del empleado público*, Madrid, La Ley, 2007, p. 258-259, que la resuelve otorgando prioridad a las secciones sindicales de las organizaciones que hayan obtenido el 10% o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal, que deben materializarse siempre y obligatoriamente, mientras que la concurrencia de las secciones sindicales con una representación simple de un solo delegado puede sustanciarse con la mera concurrencia en la designación de los miembros de la mesa de negociación, ya que la LOLS no les garantiza el derecho a ser parte constitutiva de la misma; lógicamente esta afirmación comporta el derecho de este último tipo de secciones a integrar de algún modo la mesa de negociación, derecho que el EBEP no reconoce explícitamente. En esta dirección, la STSJ de Galicia de 27 de noviembre de 2002, JUR/2003/120856.

el legislador, pero no dispone de un derecho a negociar al margen de los órganos y los procedimientos previstos legalmente por el Estatuto de los funcionarios, puesto que, por naturaleza, el derecho de negociación colectiva es un derecho del Estatuto de los funcionarios.³³

Convendrá, pues, aclarar, dentro de las normas estatutarias, qué órgano del sindicato se considera legitimado para integrar las mesas de la negociación, partiendo del hecho objetivo de que en el EBEP la legitimación negocial se predica ordinariamente de las «organizaciones sindicales» o, más abstractamente, de los «sindicatos». En esta dirección, la doctrina judicial parece distinguir entre el derecho a formar una sección sindical y el derecho a formar parte de los órganos de negociación, derecho que queda reservado a las organizaciones sindicales definidas en los artículos 6 y 7 LOLS.³⁴ Aun más: se llega a la conclusión de que la legitimación para formar parte de una mesa de negociación debe otorgarse directamente por el sindicato, de manera que el derecho de participación en el órgano de negociación no va asociado a un determinado cargo sindical –delegado sindical–, sino que exige una designación expresa para formar parte de la mesa.³⁵ Concretamente, algún pronunciamiento judicial afirma sin ambages que en el sistema de función pública las secciones sindicales no tienen legitimación para instrumentar una negociación colectiva que se predica de la representación sindical en la mesa de negociación.³⁶

Pese a ello, si se quiere ser coherente con el criterio esencial de obligada correspondencia del ámbito competencial del órgano sindical y del material sobre el que se proyecta la actuación del sindicato, parece que la designación de las personas legitimadas para actuar en la mesa de negociación correspondiente en nombre de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos de representación unitaria del personal funcionario debería corresponder a sus secciones sindicales, siempre que se hayan constituido legalmente en las unidades electorales de referencia, con lo que se asegurará la debida correspondencia entre competencia y acción; eso sin duda facilitaría la doctrina anteriormente expuesta sobre el ámbito idóneo de constitución de estos tipos de estructuras sindicales tendente a coincidir con las unidades electorales de los órganos de representación.³⁷ Serían, pues, los órganos internos de las sec-

33. Como se afirma en las SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 85/2001, de 26 de marzo.

34. STSJ del País Vasco de 22 de abril de 2003, JUR/2003/181656.

35. STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2005, JUR/2006/68579.

36. STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2000, JUR/2001/49810.

37. En el sistema laboral, el derecho de las secciones sindicales a participar en los procesos de negociación se deduce de la dicción del artículo 87.1 ET, que atribuye legitimación para negociar convenios colectivos de empresa a las «representaciones sindicales». La doctrina y la jurisprudencia laborales interpretan de forma unánime que las representaciones sindicales previstas en el artículo 87.1 ET son, después de la LOLS, las secciones sindicales mencionadas en el artículo 8.2 de esta ley, o sea, las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los órganos unitarios, tal como se afirma en

ciones de los sindicatos legitimados por el artículo 33.1 EBEP los que en cada momento designarían expresamente a los miembros integrantes de la mesa de negociación en función de su representación, designación que desde una perspectiva orgánica debe reconducirse a la libertad organizativa del sindicato, que puede decidir la estructura y composición de esa instancia y su forma de adopción de decisiones.³⁸

Este esquema representativo, que plantea un sinfín de disfunciones y problemas de concordancia, se ha complicado con la introducción de una nueva instancia de negociación. El artículo 36.3 EBEP determina expresamente que para negociar todas las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada administración pública, se debe constituir en cada una de las entidades locales una mesa general de negociación. De este modo se prevé la articulación de una instancia mixta de negociación para el conjunto de empleados públicos, que se sobrepondrá a la mesa de negociación de los funcionarios y a la comisión negociadora del personal laboral de una determinada corporación local, dado que el legislador no ha dejado a la libre decisión de las partes negociadoras el establecimiento de las estructuras negociales, sino que las ha impuesto y determinado legalmente. Por tanto, estructuralmente se han añadido al sistema de representación dos factores de complejidad: el primero, referido al ámbito de la negociación y conformado por la necesidad de definir el concepto de materias comunes; el otro, relativo a la composición de la mesa de negociación, que tiene unas reglas propias y peculiares para la determinación de la representación sindical legitimada para tener presencia en esta particular instancia negocial.

Las referidas mesas generales son competentes para negociar todas las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral (artículo 36.3 EBEP); por lo tanto, se trata de las materias que reciben un tratamiento unitario en las normas que configuran el régimen jurídico del empleo público, que no deben ser única y exclusivamente las del EBEP, puesto que otras normas jurídicas han procedido históricamente a dar un tratamiento único al personal de la administración, tal como oportunamente hizo la Ley 31/1995, de 8 de noviem-

la STC 137/1991, de 20 de junio. A pesar de todo, conviene recordar que en el EBEP la legitimación para negociar se atribuye directamente a las organizaciones sindicales y a los sindicatos y no a sus representaciones, con lo que la preferencia en favor de un determinado órgano sindical debe deducirse de un principio de adecuación entre la estructura sindical y el ámbito de negociación si no se quiere afirmar que el EBEP faculta directamente a las organizaciones sindicales para negociar con independencia de las unidades de negociación posibles. Eso significaría sencillamente que corresponde a la competencia interna de estas organizaciones determinar el órgano sindical adecuado para integrar una mesa de negociación, planteamiento que debe acogerse cuando no esté constituida una sección sindical de referencia o esta se haya constituido al margen de la correspondiente unidad electoral que permite la acreditación de representatividad o de la mesa que actúa como canal exclusivo de ejercicio del derecho de negociación. En esta dirección se ha subrayado el propósito del legislador del Estatuto de los trabajadores de reconocer la legitimación de las secciones sindicales cuando aludió a las «representaciones sindicales» y no directa y claramente a los sindicatos, lo que en cambio sí ha hecho el legislador del Estatuto de los funcionarios públicos; sobre esta cuestión, Solans Latre, Miguel Ángel, *Garantías legales de la negociación...*, *op. cit.*, p. 166-167.

38. Tal como sostiene Agut García, Carmen, *La sección sindical*, Albacete, Editorial Bomarzo, 2004, p. 37-39.

bre, de prevención de riesgos laborales, o, paralelamente, como sucedió con la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas de reforma de la función pública. Específicamente, la doctrina ha coincidido en considerar materias comunes las siguientes: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos; los sistemas de clasificación de puestos de trabajo; las ofertas de empleo público; el acceso y evaluación del desarrollo; el incremento de retribuciones del personal al servicio de la correspondiente administración; la formación continua; la salud laboral, y los planes de previsión social complementaria.³⁹

Respecto a las demás materias susceptibles de negociación, el EBEP mantiene la separación entre los sistemas de negociación colectiva del personal funcionario y del personal laboral al remitir a los convenios colectivos la regulación, por ejemplo, de ámbitos como la carrera profesional y la promoción (artículo 19.2 EBEP); la determinación de retribuciones (artículo 27 EBEP); la provisión de puestos de trabajo y la movilidad (artículo 83 EBEP); las situaciones de personal laboral (artículo 92 EBEP), y la tipificación de faltas graves y leves (artículos 92.2.a y 95.3 EBEP).

De hecho, la estructura de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados de una corporación local planteada de esta manera, con tres instancias de negociación –mesa de negociación de materias comunes, mesa de negociación de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, y comisión negociadora del convenio colectivo del personal laboral– resulta extraordinariamente farragosa e induce el efecto último de tender a la unificación en una sola instancia de negociación y en un solo texto convenido, lo que a menudo produce un efecto de extralimitación de las condiciones de trabajo pactadas en el ámbito común de la negociación.

39. El ámbito de la negociación colectiva conjunta es incierto y resulta polémico. El legislador estatutario no ha especificado las materias comunes de posible tratamiento en estas instancias negociales, lo que plantea numerosas dudas a este respecto. La lista enunciada se obtiene de Roqueta Buj, Remedios, «La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Estudios Locales*, 112, 2008, p. 349. Aun así, esta profesora extiende el ámbito de tratamiento de las materias comunes en su trabajo: Roqueta Buj, Remedios, «Naturaleza jurídica y efectos de los acuerdos de condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de las administraciones públicas», *Curso sobre personal laboral al servicio de las administraciones públicas. Puntos de conexión o conflicto con el orden contencioso-administrativo*, Escuela Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2010, p. 13, incorporando los permisos, las vacaciones y la acción sindical en los centros de trabajo –lo que parece discutible– y los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad, acabando por reafirmar una posición ya mantenida sobre la posibilidad de negociar todas las materias en una única instancia de negociación, observando la precaución de materializar los resultados de la negociación en función del criterio de competencia e instrumentos formalmente separados. Eso, diciéndolo llanamente, nos devuelve a la situación anterior al EBEP. En esta dirección, deberá estar atento a la doctrina judicial que ha empezado a delimitar el ámbito de las materias comunes de un modo muy prudente incluyendo los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, los sistemas de clasificación de puestos de trabajo, las ofertas de empleo público, el acceso y la evaluación del desarrollo, 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 –STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 2 de febrero de 2010, RJCA/2010/390–, o los aspectos retributivos del personal funcionario y laboral a fin de ajustarlos a las previsiones de los presupuestos, la carrera administrativa favoreciendo la promoción interna de los empleados públicos, la acción social y otras prestaciones que afectan a cualquier clase de empleados, la política de empleo público en el ámbito laboral y funcional, las relaciones de puestos de trabajo, la formación y el perfeccionamiento común y los instrumentos de seguimiento y control del acuerdo –STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2009, RJCA/2009/497. La fragilidad de esta doctrina se evidencia, por ejemplo, en la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2010, JUR/2011/42628, en la que se rehúsa que la carrera administrativa sea una materia común objeto de tratamiento en esta particular instancia de negociación.

Y aquí el problema estriba en que la legitimación para pertenecer a la mesa de negociación sobre materias comunes exige una representación acumulada en el ámbito funcional y laboral, que dificulta la participación de los sindicatos que solo poseen representación en uno de estos ámbitos.⁴⁰ En esta dirección debe subrayarse que el artículo 36.3 EBEP prevé que sean aplicables a estas mesas los criterios sobre representación de las organizaciones sindicales tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del ámbito de representación correspondiente. Ello significa que en dichas mesas deben estar las organizaciones sindicales más representativas y las que hayan obtenido al menos el 10% de los representantes en las elecciones de delegados y juntas de personal y comités de empresa; además, también deben tener presencia en estas mesas generales las organizaciones sindicales que formen parte de la mesa general de negociación de las administraciones públicas que prevé el artículo 36.1 EBEP, siempre que hayan obtenido el 10% de los representantes a personal funcionario o a personal laboral en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate. Así pues, en dichas unidades negociales estarán los sindicatos más representativos, los sindicatos presentes en la mesa general de negociación de las administraciones públicas que hayan obtenido el 10% de los representantes a personal funcionario o laboral –no acumulativo– y los sindicatos que hayan obtenido el 10% de los representantes del personal funcionario y del personal laboral –acumulativo.⁴¹ Consecuentemente, se produce una doble vía de legitimación para negociar: a) con carácter general, se toman en consideración los resultados de las elecciones a órganos de representación unitaria de los funcionarios –delegados y juntas de personal– y a órganos de representación unitaria del personal laboral –delegados de personal y comités de empresa–; b) con carácter específico se opta por un tratamiento más favorable para las organizaciones sindicales presentes en la mesa general de negociación de las administraciones públicas prevista en el artículo 36.1 EBEP, a las que se atri-

40. De ahí que nuestra jurisprudencia haya entendido que las materias que no puedan ser calificadas como comunes no deben ser sometidas a negociación en el seno de esta unidad, para no perjudicar los derechos de representación de los sindicatos legitimados en otras instancias negociales, pero no en la mesa de materias comunes, puesto que esto supondría una afectación del derecho de negociación colectiva de los sindicatos que obtuvieron representación suficiente para estar presentes y actuar en estas unidades, pero insuficiente para participar en la mesa común, como se afirma taxativamente en la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 2 de febrero de 2010, RJCA/2010/390.

41. No estará de más advertir que se puede exigir esta representatividad «acumulada» de dos formas distintas, que ofrecen resultados absolutamente divergentes: puede pedirse a las organizaciones sindicales una representatividad media del 10% en el conjunto de las representaciones unitarias de los empleados públicos o puede exigirse esta representación «acumulada» pero separada, o sea, el 10% de representación en órgano unitario del personal funcionario y en órgano unitario del personal laboral. La jurisprudencia parece optar por la vía de computar de forma «acumulada» pero separada esta representatividad, de forma que los sindicatos que no obtuvieran el 10% de representación en cada uno de los colectivos no podrían integrar la mesa general sobre materias comunes; al respecto, Roqueta Buj, Remedios, «Naturaleza jurídica y efectos...», *op. cit.*, p. 10. La STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2007, As/2008/630, plantea adecuadamente el problema y opta por la solución de referir dicho porcentaje al total de los representantes del personal sin distinción de origen funcional o laboral; en esta misma dirección, las SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de enero de 2009, JUR/2009/157689, de la Comunidad Valenciana, de 27 de julio de 2009, JUR/2009/471972, y de Madrid, de 5 de marzo de 2010, RJCA/2010/475. En cambio, las SSTSJ de Castilla-La Mancha, de 21 de mayo de 2009, RJCA/2009/497, y de 11 de mayo de 2011, JUR/2011/1206849, optan por el planteamiento de exigir este porcentaje de forma separada en el órgano de representación del personal funcionario y en el órgano de representación del personal laboral.

buye un sucedáneo de mayor representatividad sin tener en cuenta los resultados globales en el conjunto de la representación de los empleados públicos, puesto que solo se requiere acreditar una audiencia electoral del 10% de los representantes del personal funcionario o del 10% del personal laboral correspondiente en el ámbito de una determinada administración, de manera que la representatividad obtenida en un colectivo se comunica automáticamente al otro.⁴²

Lógicamente, la artificialidad de la construcción urdida para favorecer única y exclusivamente a uno de los grandes sindicatos representativos del personal funcionario al servicio de la administración general del Estado produce los correspondientes conflictos de legitimación, que acaban trasladándose indudablemente al ámbito de las materias objeto de negociación, lo que redundará en la inseguridad del sistema de relaciones colectivas y afecta al principio de igualdad de trato que debe considerarse connatural a un sistema de libertad y pluralidad sindical, que puede acoger el criterio de la mayor representatividad, pero que difícilmente puede aceptar la proyección de la representatividad obtenida en un ámbito de negociación –la función pública y el nivel estatal– hacia otros ámbitos territoriales o específicos y tipos de personal con los cuales no guarda una conexión razonable.⁴³

De aquí que a partir del EBEP proliferen los conflictos sobre el ámbito material de la negociación conjunta del personal laboral y del personal funcionario y sobre la legitimación para negociar esta particular tipología de acuerdos creada con el objeto de simplificar el sistema de relaciones laborales en el ámbito público y que, contrariamente a lo que se podía esperar, solamente ha servido para complicarlo.⁴⁴

42. Sobre esta cuestión, Lahera Forteza, Jesús; Jorge Torrents Margalef; Fernando Valdés Dal-Ré, *Manual Jurídico de la Negociación Colectiva*, Madrid, La Ley, 2008, Ref. La Ley 1462/2010. Aun cuando esta excepción no es percibida en algún planteamiento judicial existente, que exige la presencia en la mesa general de negociación de las administraciones públicas y la representatividad acumulada en el ámbito del personal laboral y del personal funcionario, tal como puede verse en la STSJ de Madrid, de 5 de marzo, RJCA/2010/475. De hecho, los conflictos sobre legitimación para participar en estas instancias negociales empiezan a ser constantes en el orden jurisdiccional; como ejemplos pueden citarse la STS del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2011, RJ/2011/505, y las SSTSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2007, As/2008/630, de la Comunidad Valenciana de 27 de julio de 2009, JUR/2009/471972, y de 11 de noviembre de 2009, JUR/2010/51062, de Andalucía, Sevilla, de 22 de enero de 2009, JUR/2009/157689 y de Madrid de 28 de octubre de 2010, RJCA/2011/129.

43. Muy posiblemente este efecto perverso podría haberse evitado reconociendo legitimación para negociar a todos los sindicatos suficientemente representativos en el ámbito del personal funcionario o en el del personal laboral, sin exigir una legitimación acumulativa; esto habría facilitado la negociación colectiva conjunta, tal como afirma Rivero Lamas, Juan; Ángel Luis De Val Tena, «El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68, 2007, p. 228. En la misma dirección, Marín Alonso, Inmaculada, «La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 141, 2009, p. 141.

44. Los conflictos sobre esta instancia de negociación se proyectan también sobre los demás tipos de legitimación. La constitución válida del banco sindical de la mesa de negociación sobre materias comunes exige que las organizaciones representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación, con lo que se puede volver a suscitar la cuestión sobre si esta mayoría debe ponderarse sobre el total de miembros de los órganos de representación o debe obtenerse de forma separada en el órgano de representación del personal laboral y del funcionario. Parece que se opta por una agregación y, a efectos de determinar la legitimación negociadora, debería optarse también por referir el criterio de composición mayoritaria al total de representantes del personal laboral y funcionario. De manera semejante, el EBEP no determina con precisión el derecho de los sujetos inicialmente legitimados para formar parte de las mesas de negociación; al respecto, el artículo 35.1 EBEP afirma el derecho de todas las organizaciones sindicales legitimadas a participar en proporción a su representatividad, pero las organizaciones sindicales más representativas están legitimadas para participar en las mesas de negociación con independencia de su representatividad. Así pues, parece una buena solución asegurar la presencia de un representante de las organizaciones legitimadas para negociar y repartir el resto de puestos en función de su representatividad conjunta en los órganos de representación del personal laboral y funcionario.

Las dificultades y contradicciones del modelo de negociación colectiva conjunta se acentúan si atendemos ahora a la naturaleza jurídica de los productos de este particular tipo de negociación. El artículo 38.8 EBEP señala que los pactos y acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y al laboral tienen la consideración y los efectos previstos en este artículo para los funcionarios, y en el artículo 83 del Estatuto de los trabajadores, para el personal laboral. El artículo 83 ET hace referencia a dos tipos de instrumentos negociales: los acuerdos interprofesionales o convenios marco, y los acuerdos sobre materias concretas. Estos dos tipos de instrumentos deben ser negociados por las organizaciones sindicales y las asociaciones patronales más representativas de carácter estatal o autonómico, y su pretensión es estructurar la negociación o regular una materia o materias concretas mediante disposiciones que pueden tener carácter sustantivo y aplicación directa a las relaciones de trabajo incorporadas a su ámbito. A pesar de ello, si bien pueden ser considerados convenios colectivos, no son unos instrumentos ordinarios, dada su especial posición y orientación, sobre todo si se tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico les atribuye funciones estructuradoras en un ámbito amplio –estatal o autonómico– y superioridad jerárquica respecto a las unidades de negociación y los convenios ordinarios que queden bajo su órbita de aplicación.⁴⁵

En todo caso, hay que ser conscientes de que la remisión hecha por el EBEP al artículo 83 ET sin más precisión incurre en una notable ambigüedad que debe resolverse urgentemente, en función del contexto y la finalidad del precepto estatutario, entendiendo que el EBEP se remite a los acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 ET. Precisamente, los acuerdos sobre materias concretas pretenden regular aspectos sustantivos de las relaciones de trabajo incluidas en la unidad de negociación correspondiente, que se insertarán en los respectivos convenios colectivos, así como criterios y bases comunes de estas que deberán terminar de desarrollarse y concretarse en el marco de las normas convencionales de empresa. Estos acuerdos pueden indicar también los aspectos de tales materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores, de modo que estas unidades de negociación quedarían limitadas en su capacidad negocial a los aspectos concretos que hayan sido objeto de consideración en el ámbito su-

Por último, el texto estatutario no se pronuncia sobre la mayoría necesaria para llegar a un acuerdo en el banco sindical de la mesa de negociación; lógicamente será preciso salvar el principio del acuerdo mayoritario, pero el sistema de cómputo de este voto mayoritario es un tema abierto que como mínimo plantea dos importantes cuestiones: la primera, si por mayoría se entiende la de los vocales presentes y actuantes en el momento de la votación, sin contar las ausencias o las abstenciones, es decir, la mayoría simple, o si se precisa la mayoría absoluta del número formal de miembros que integran la representación; la segunda cuestión planteada hace referencia a si la votación debe descansar sobre personas, es decir, sobre los vocales de las organizaciones sindicales presentes en la mesa de negociación, o si debe tenerse presente la representación ponderada que ostenta cada miembro. A mi parecer, en el sistema de empleo público debe facilitarse la obtención de acuerdos, con lo cual optaríamos por un sistema de mayorías simples calculadas sobre la base de votos personales.

45. A este respecto, Santiago Redondo; Koldo Mikel, *La negociación colectiva en la cumbre* (art. 83. 3 TE), Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 15-27; Salido Banús, José Luis, *La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial*, Atelier, 2001, p. 107-111.

perior. Precisamente, en la escala de fuentes, este tipo de acuerdos se sitúan en un nivel intermedio entre la norma pública y el convenio colectivo con la capacidad necesaria para subordinar la negociación de segundo nivel en una o varias materias concretas sin agotar todos los ámbitos potenciales de posible negociación. Así pues, estos posibles acuerdos gozan de una doble aptitud para afectar directamente a las relaciones individuales de trabajo o bien para encuadrar la actuación de otros sujetos colectivos legitimados para la negociación en sus unidades específicas.⁴⁶

Más allá de la demostrada especialidad de este tipo de instrumentos colectivos en el ordenamiento jurídico laboral, conviene que reparemos ahora en la dicción literal del artículo 38.8 EBEP. Este precepto nos dice que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 EBEP, los pactos y acuerdos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral «tienen la consideración y los efectos» previstos en el artículo 83 del Estatuto de los trabajadores para el personal laboral. Precisamente, la redacción de este precepto arroja una primera luz sobre la naturaleza jurídica de esta clase de instrumentos, que no nos parece menor: los instrumentos sobre materias comunes son primariamente «pactos y acuerdos» de la legislación del Estatuto de los empleados públicos que «tienen la consideración y los efectos» de los acuerdos sobre materias concretas que prevé el artículo 83.3 ET. Pero una cosa es tener la consideración y los efectos de los acuerdos sobre materias concretas y otra muy distinta es que el instrumento negociado de acuerdo con esta previsión legislativa sea un acuerdo sobre materias concretas. A mi parecer, los acuerdos sobre materias comunes relativas al personal funcionario y al personal laboral son un nuevo tipo de instrumento colectivo creado por la ley que regula el Estatuto de los empleados públicos y dotado de la capacidad suficiente para determinar las condiciones de trabajo que pueden ser comunes al personal funcionario y al personal laboral de las administraciones públicas. De hecho, sucede que estamos ante un acuerdo con capacidad para producir efectos como un instrumento de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y como un convenio colectivo laboral. Pero no estamos ante un acuerdo del personal funcionario y un convenio colectivo laboral. El instrumento es único, típico y singular.⁴⁷ No hay, pues, una naturaleza

46. Sigo en estas líneas el planteamiento de Santiago Redondo; Koldo Mikel, *La negociación colectiva en la cumbre...*, op. cit., p. 39 y 126-127.

47. Esta afirmación se puede fundamentar en la doctrina consolidada que considera los denominados acuerdos mixtos desarrollados en la experiencia negocial anterior al EBEP un tipo único y singular dotado de una unidad no divisible que se deriva de la propia actuación de la administración pública y las organizaciones sindicales, con un contenido complejo que comprende disposiciones relativas a las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral, en la que resultan implicados los intereses públicos, como puede verse en las SSTs de 24 de enero de 1995, RJ/1995/1523, y de 1 de septiembre de 2004, RJ/2004/5606. Con respecto a esta cuestión, el resultado de la negociación que se lleve a cabo en una mesa sobre materias comunes obedece a la misma complejidad del diseño estatutario de la negociación colectiva, caracterizado por una pluralidad de pactos y acuerdos con funcionalidad diversa, regulados por la ley que establece el Estatuto de los empleados públicos, que determina imperativamente el ámbito material de la negociación, el procedimiento de negociación y los efectos pertinentes, tal como se sostiene en la STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2007, As/2008/630.

jurídica dual o diferenciada de los pactos y acuerdos logrados en este tipo de mesas de negociación.⁴⁸ Más concretamente, en el caso del personal laboral no existe en puridad un convenio colectivo de trabajo, sino un acuerdo específico para el empleo público, acogido a la Ley del estatuto de los empleados públicos con un contenido complejo que, entre otras materias, comprende el conjunto de disposiciones públicas relativas a las condiciones de trabajo del personal laboral. A pesar de todo, ciertamente, no estamos ante un instrumento propio del ordenamiento jurídico laboral que haya seguido las reglas de legitimación y procedimiento previstas en las normas laborales para la aprobación de un particular tipo de convenio colectivo, sino las propias y específicas previstas en la legislación de empleo público que se imponen imperativamente a la voluntad de los agentes sociales, como se demuestra en el artículo 36.3 EBEP en su referencia a la mesa general de negociación común en que se utiliza la dicción «se constituirá».

Este razonamiento se refuerza si se tiene en cuenta el artículo 32 EBEP, relativo a la negociación colectiva, representación y participación del personal laboral, en el que se señala: «La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se rige por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación».⁴⁹ Precisamente, los artículos del EBEP que regulan los acuerdos comunes son directamente aplicables a la negociación colectiva de este tipo de personal y configuran un régimen específico de negociación para la determinación de todas las condiciones de trabajo comunes que pueden recibir un tratamiento unitario para el personal funcionario y el personal laboral en las normas del Estatuto del empleado público, tratamiento unitario que se justifica por la particular condición de una administración pública que, aun como una de las partes de un contrato de trabajo, no puede dejar de ser un poder público sometido a los principios constitucionales que deben regir su organización y actuación.⁵⁰ De hecho, el Estatuto del empleado público es una norma que contiene una serie de prescripciones que se aplican al conjunto de personas que prestan servicios en las administraciones públicas, con independencia de la naturaleza jurídica del vínculo que las une a las mismas. Por medio de esta ley básica se trata de proyectar un combinado de regulaciones que provienen del estatuto constitucional de la administración pública –entendida como un particular tipo de empresario–, cuya especifici-

48. Roqueta Buj, Remedios, «Naturaleza jurídica y efectos ...», *op. cit.*, p. 16; en la misma dirección, Marín Alonso, Inmaculada, «La negociación colectiva conjunta...», *op. cit.*, p. 143-144.

49. Para una interpretación de cuáles pueden ser los preceptos que resultan directamente aplicables nos remitimos a Palomar Olmeda, Alberto, «La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 144, 2009, p. 632-633. Al respecto, el AAN de 28 de octubre de 2010, As/2010/2632, nos dice que los preceptos del capítulo IV del EBEP, denominado «Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión», que afectan al personal laboral se concretan en la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada administración pública.

50. Godino Reyes, Martín, *El contrato de trabajo en la administración pública*, Madrid, Civitas, 1996, p. 286-292.

dad impone una serie de exigencias que se superponen a las normas que regulan la relación del empleado público según su respectivo régimen jurídico. En este ámbito, las normas reguladoras del empleo público que inciden sobre la relación laboral se dictan en función de la presencia de intereses públicos y su fundamento último se debe encontrar en el régimen jurídico de la administración, que afecta al sistema ordinario del contrato de trabajo.

Lógicamente, la comprensión del acuerdo sobre materias comunes como un pacto o acuerdo del Estatuto de los empleados públicos comporta una cadena de consecuencias que no son de ningún modo menores. Ya me he referido a la particular configuración de los sujetos con capacidad negociadora, pero no estará de más advertir ahora que, a mi parecer, los acuerdos sobre materias comunes deben seguir el particular procedimiento de aprobación que para este tipo de instrumentos –los acuerdos– prevé el artículo 38.3 EBEP a fin de que tengan validez y eficacia y, más allá, a este tipo de acuerdos colectivos les debe ser de aplicación el párrafo décimo de este precepto, que garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo que, excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida necesaria para salvaguardar el interés público.⁵¹

El tema no es menor, y en la legislación de crisis puede acabar ofreciendo unos resultados sorprendentes. Precisamente, el AAN de 28 de octubre de 2010, As/2010/2632, ha planteado con rotundidad esta cuestión al advertir que el Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, en su disposición adicional segunda, suspende parcialmente el acuerdo gobierno-sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012 en la medida necesaria para la correcta aplicación de esta norma y, en concreto, de las medidas de contenido económico; advierte al respecto que la negociación de materias comunes al personal funcionario y laboral de las administraciones públicas productora de acuerdos conjuntos previstos en el artículo 38 EBEP, acaba generando efectos jurídicos diferenciados para cada uno de los colectivos, de manera que tendrá la consideración y los efectos previstos en el mismo artículo 38 EBEP para los funcionarios, mientras que producirá los efectos del artículo 83 del ET para el personal laboral, que se considera que «son

51. Palomar Olmeda, Alberto, «La desvinculación de lo pactado en el Estatuto...», *op. cit.*, p. 635, nos advierte sobre la paradójica situación que se genera con la exclusión del ámbito del EBEP de los instrumentos convencionales laborales: un mismo empleador se desvincula por razones de interés público de los acuerdos suscritos con una parte de su plantilla –los funcionarios– pero se ve obligado a mantener sus compromisos, con el impacto presupuestario correspondiente, con el personal laboral. En esta dirección, Lomo Casanueva, Tomás, «La modificación o suspensión *ante tempus* de los Pactos y Acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de los empleados públicos», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 22, 2011, p. 5, subraya la inexistencia en la legislación laboral de una norma que permita la desvinculación unilateral y directa del convenio colectivo a diferencia de lo que sucede en el sistema del Estatuto de los empleados públicos, salvo que el propio convenio colectivo incorpore en sus cláusulas la constatación por una de las partes de una circunstancia imprevisible que actúa como condición resolutoria, facultad que no implica ni un incumplimiento unilateral del pacto ni una modificación unilateral del convenio.

exactamente los mismos que cualquier otro convenio colectivo», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.3 ET, concorde con el artículo 38.8 EBEP. A partir de aquí se señala que cuando el artículo 38.10 EBEP garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos salvo que, excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de pactos y acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, se entiende que esta referencia debe considerarse referida única y exclusivamente a los acuerdos de funcionarios, dado que el apartado octavo de este mismo precepto deja perfectamente claro que la consideración y los efectos previstos en el artículo 38 EBEP corresponden en exclusiva a los funcionarios públicos, mientras que para el personal laboral se despliegan los mismos efectos del artículo 83 ET. A partir de aquí el planteamiento es sencillo: se reafirma la fuerza vinculante de los convenios colectivos y su eficacia normativa, de la que se desprende la imposibilidad de modificarlos unilateralmente por una circunstancia sobrevenida, y se concluye que estamos ante dos regímenes jurídicos de negociación colectiva totalmente distintos aunque tengan un hecho común dominante, consistente en su sumisión a las limitaciones establecidas en la ley presupuestaria, puesto que, una vez firmados los acuerdos comunes, para el personal laboral tendrán la consideración y los efectos previstos en el artículo 83 ET, que son los propios de los convenios colectivos y que obligan a la administración y su personal laboral durante todo el tiempo de su vigencia, de manera que se considera inaplicable lo que dispone el artículo 38.10 EBEP, a diferencia del personal funcionario, que estará sometido a la aplicación de este precepto siempre que concurran las causas pertinentes. Hechas estas precisiones, puede afirmarse pues que la eficacia vinculante de los convenios colectivos forma parte del contenido esencial del derecho de negociación colectiva, que constituye un elemento básico del derecho de libertad sindical, y se puede concluir que no es posible dejar sin efecto un convenio colectivo estatutario durante su vigencia más que mediante una ley, que debería respetar, en todo caso, su contenido esencial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.1 CE. Aun cuando se acepta que el convenio colectivo puede ser suspendido, modificado e, incluso, suprimido durante su vigencia mediante una ley, que deberá respetar su contenido esencial, de acuerdo con la reserva de ley establecida en el artículo 53.1 CE, para la regulación del ejercicio de los derechos y libertades, y más concretamente del derecho de negociación colectiva en su vertiente funcional amparada por la libertad sindical, se rehúsa que esta modificación se pueda producir mediante un decreto-ley, lo que sucedió a través del Real decreto-ley 8/2010, que a criterio del juez de la Audiencia Nacional, supone una actuación con una clara afectación de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva, dado que por medio de esta norma se dejó sin eficacia jurídica lo que se había pactado en un

convenio estatutario, vaciando de contenido la fuerza vinculante de los convenios regulada en el artículo 37.1 CE.⁵²

Esta doctrina es errónea y poco funcional.⁵³ Su explicación se puede encontrar en la mixtura institucional que propicia el sistema de participación de los empleados públicos y que acaba produciendo interpretaciones diversas en función de la posición doctrinal de cada operador jurídico. A mi parecer, esta interpretación margina los rasgos característicos de este particular tipo de negociación conjunta, que ya habían sido identificados y reconocidos en las posiciones sostenidas por el Tribunal Supremo como el mismo juez reconoce. Históricamente, la naturaleza jurídica de los acuerdos comunes ha sido estudiada con reiteración por la jurisprudencia social y contencioso administrativa, que sostiene que los productos de este tipo de negociación no se corresponden con un convenio colectivo de trabajo si se consideran en su conjunto y en su totalidad.⁵⁴ Pero a mi juicio debería haberse atribuido a tales pronunciamientos una mayor importancia, pese a tratarse de decisiones producidas en el marco de una regulación anterior.⁵⁵ Estas decisiones enjuician acuerdos de la mesa general de negociación, y el alto tribunal subraya que el acuerdo adoptado se dicta en el ámbito de las reglas de función pública, por una mesa general y, por lo tanto, con sujeción a los niveles de representatividad, los órganos y el procedimiento de negociación de los funcionarios públicos conforme a su legislación específica y con producción de una norma que por naturaleza no es en sí misma laboral. La traslación al problema que nos ocupa podría haber sido sencilla: los acuerdos sobre materias comunes se adoptan sobre la base de las reglas jurídicas del Estatuto del empleado público, por una mesa general de negociación, con sujeción a los niveles de representatividad, los órganos y el procedi-

52. Como se señala en el ATC 85/2011, de 7 de junio, lo que está en juego en este planteamiento es el recurso al procedimiento excepcional del Decreto-ley para afectar a elementos esenciales de los derechos y libertades de los ciudadanos, en este caso el contenido esencial del derecho de libertad sindical, en relación con un derecho a la negociación colectiva que incorpora la fuerza vinculante del convenio colectivo que depende de la intangibilidad de su contenido durante su vigencia. El tema se resuelve con una valoración del artículo 86.1 CE, que regula la figura del decreto-ley y la limitación de la afectación del derecho de los ciudadanos, entendiéndose que esta cláusula restrictiva –«no podrán afectar»– no debe ser entendida de forma que reduzca el decreto-ley a la nada, afirmando que este es un instrumento normativo previsto por la Constitución para dar respuesta a las perspectivas cambiantes de la vida social, recordando que lo que está vedado al decreto-ley es la regulación del régimen general de los derechos, deberes y libertades, o que se vaya en contra del contenido o elementos esenciales de algunos de tales derechos. A partir de aquí, se afirma que los preceptos del Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de los convenios colectivos en general, ni en particular sobre los directamente concernidos por la norma jurídica en cuestión, que mantienen la fuerza vinculante propia de este tipo de fuentes, derivada de su posición en el sistema general. Todavía más, el Tribunal Constitucional deja dicho que la intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo no se puede identificar o confundir con la fuerza vinculante del convenio colectivo, añadiendo que no existe una pretendida intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, aunque se trate de una norma sobrevenida. El Tribunal insiste en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a las leyes formales y, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario. En la misma dirección, los ATC 180/2011, de 13 de diciembre, y 184/2011, de 20 de diciembre.

53. Es preciso observar que tanto el fiscal general del Estado como la misma Abogacía del Estado defendieron la tesis de la plena aplicación del artículo 38.10 EBEP al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, actuación que, a su parecer, cuenta con expresa previsión legal y se acomoda al derecho de negociación colectiva del personal laboral al servicio de las administraciones públicas, tal como se puede ver en el ATC 85/2011, de 7 de junio.

54. A este respecto, se citan las SSTS de 22 de enero de 2007, RJ/2007/2782, y de 12 de junio de 2007, RJ/2007/7590.

55. Las SSTS de 22 de septiembre de 2008, RJ/2008/7229, y de 10 de febrero de 2009, RJ/2009/1835 son suficientemente representativas de esta posición.

miento de negociación de los empleados públicos y con producción de una norma de naturaleza conjunta que, eso sí, despliega los efectos previstos por el artículo 83 ET relativos a su superioridad jerárquica sobre los convenios colectivos y a su capacidad para regular directamente aspectos sustantivos de las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación.⁵⁶

La posición institucional de los órganos de negociación como instancias de participación de la representación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo plantea un último aspecto problemático en la relación entre la mesa general de negociación y las mesas sectoriales de negociación. De hecho, la existencia de dos niveles y de dos instancias de negociación se conserva de la antigua legislación, pero con la introducción del cambio sustantivo que significa pasar de un sistema de predeterminación legal por sectores específicos a un sistema dispositivo en el que las mesas sectoriales de negociación se pueden crear por acuerdo de las correspondientes mesas generales.⁵⁷

Aun así, esta regulación modifica poco la estructura de negociación tipo de las administraciones locales, que ordinariamente se había fundamentado en una única mesa general de negociación. Esta situación ya ha empezado a cambiar por la presencia de un sindicalismo de «franja», que incide en la estructura de la negociación colectiva, en un intento por construir un particular espacio de acción para

56. En esta dirección, el lúcido comentario de Roqueta Buj, Remedios, «El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, y el derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos», *Aranzadi Social*, 22, 2011, p. 27-34, donde se afirma con rotundidad que la negociación colectiva laboral en las materias y condiciones de trabajo comunes a los funcionarios públicos se somete al régimen público y no al laboral, con la consiguiente afirmación de la supremacía de las administraciones públicas, que tiene su reflejo en los siguientes párrafos del artículo 38: 38.3, 38.7 y 38.10 EBEP. Hay que tener en cuenta también que la calificación dual de los acuerdos sobre materias comunes tiene importantes efectos sobre el orden jurisdiccional competente para resolver las demandas que puedan surgir sobre la impugnación de los pactos y acuerdos de las mesas generales comunes; precisamente, eso comportaría que se pudiera distinguir entre una impugnación del acuerdo sobre materias comunes que afectan a los funcionarios públicos, que se acabaría resolviendo en la jurisdicción contenciosa –artículos 9.4 y 24 LOPJ–, y una impugnación del mismo acuerdo considerado como convenio colectivo que debería plantearse ante el orden social de la jurisdicción. Lógicamente, estos tribunales, al ser independientes entre sí, podrían dictar sentencias contradictorias, sin que la nulidad del acuerdo como convenio colectivo pueda afectar el acuerdo como instrumento regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Por tanto, el mantenimiento de esa naturaleza jurídica diferenciada pondría en peligro el principio de igualdad en las materias comunes para todos los empleados públicos al servicio de una misma organización, dado que legalmente no quedaría garantizado que las eventuales controversias entre las partes firmantes dieran como resultado pronunciamientos concordantes de los distintos tribunales de justicia según se tratase el correspondiente instrumento como un acuerdo o como un convenio. Para resolver esta problemática es indudable que se deberá convenir en la naturaleza pública de este particular tipo de pacto o acuerdo y en el reconocimiento de que la competencia para conocer sobre la impugnación de los pactos y acuerdos de las mesas generales comunes al personal funcionario y laboral corresponderá en todo caso al orden contencioso administrativo, tal como hace Roqueta Buj, Remedios, «La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público», *Revista de Estudios Locales*, 112, 2008, p. 351-352. En una dirección contraria al planteamiento expuesto, se puede ver la STS de 4 de mayo de 2011, RJ/2011/4614, en la que, incidentalmente, se admite la naturaleza dual de este tipo de instrumentos, y se concluye la competencia del orden social para conocer de los mismos cuando se pretende su transformación en un convenio colectivo extraestatutario para el personal laboral, lo que no deja de ser una situación excepcional. Sin embargo, desde una perspectiva objetiva, la sentencia plantea una problemática no menor relativa a la necesidad o no de un voto mayoritario en el seno de la mesa de negociación para la adopción del acuerdo sobre materias comunes y la existencia de una opción o no para su posible conversión en un convenio colectivo extraestatutario, lo que supone una deriva sorprendente de una situación que seguramente debería haberse solucionado de otro modo.

57. En la legislación anterior se identificaban una serie de ámbitos específicos en la administración del Estado en los que era preciso crear este tipo de instancias sectoriales de negociación; así, el artículo 31 LORAP preveía la obligatoria constitución en el seno de la administración del Estado de mesas sectoriales para el personal docente en los centros públicos no universitarios, para el personal de los servicios de correos, telégrafos y caja postal de ahorros, para el personal al servicio de las instituciones sanitarias públicas y para el personal funcionario de las universidades. Aun así, ya se admitía que por decisión de la mesa general se podrían constituir otras mesas sectoriales en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos. En la situación actual, el artículo 34.4 EBEP prevé que dependiendo de las mesas generales de negociación y por acuerdo suyo se puedan constituir mesas sectoriales, atendiendo a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y su número.

esta forma de organización de intereses.⁵⁸ Precisamente, es este particular tipo de sindicato el que presiona sobre el sistema de negociación que en principio se vertebró sobre una lógica de subordinación de la mesa sectorial de negociación a la mesa general de negociación. A este respecto, el artículo 34.6 EBEP prevé expresamente que la competencia de las mesas sectoriales se extiende a los temas comunes a los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general respectiva o a los que esta explícitamente reenvíe o delegue.

De este planteamiento se deducen dos consecuencias evidentes: la primera, que los órganos sectoriales son creados por los órganos generales de negociación por motivos de conveniencia u oportunidad siempre que se cumplan las condiciones legalmente establecidas; la segunda, que los órganos sectoriales de negociación no tienen unas competencias propias, su perfil funcional es derivado y su posición depende de la delegación o atribución que pueda asignarle la mesa general o del ámbito que esta no haya ocupado a través de su actividad negocial.⁵⁹

La posición relativa y subordinada de este tipo de órganos de negociación debe resaltarse cuando se pretende, desde un determinado ámbito funcional de organización sindical con una determinada implantación, trasladar a la administración una obligación de constituir una instancia sectorial de negociación y un deber de negociación de las condiciones específicas de trabajo de un determinado colectivo funcional. La legislación vigente no vincula, por lo tanto, la creación de las mesas sectoriales a la existencia de un espacio de representación concreto, sino que deja la decisión a criterio de la mesa general de negociación, y solamente cuando esta decide constituir un ámbito sectorial de negociación, pueden figurar, además de los sindicatos más representativos, los que tengan una implantación específica en el correspondiente sector. Simplemente, la ley no reconoce a los sindicatos el derecho a exigir la creación de una mesa de negociación en uno u otro ámbito profesional en función de la representatividad que pueda tenerse en un determinado cuerpo, escala o categoría profesional.⁶⁰

58. El concepto de sindicalismo de franja ocupacional en referencia a un sindicalismo de profesión, categoría o grupo profesional que acoge solo a una parte o fracción de la plantilla se puede encontrar en Nogueira Guastavino, Magdalena, *Sindicato y negociación colectiva franja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, p. 81-85. La STC 96/2009, de 20 de abril, ampara el derecho a la libertad sindical de una federación de asociaciones de funcionarios que no puede negarse por la circunstancia de representar y defender únicamente los intereses profesionales de los funcionarios integrados en las asociaciones federadas, una vez constatada la inexistencia de impedimentos constitucionales o legales para constituir sindicatos en los que la afiliación tome como referencia las calificaciones profesionales o las especialidades laborales o profesionales de sus trabajadores.

59. Tal como se afirma en Valdés Dal-Ré, Fernando, «Las mesas sectoriales de negociación en las Administraciones Públicas: continuidad y cambio de su ordenación jurídica (I)», *Relaciones Laborales*, 13, 2009, p. 3 (citado por La Ley 13442/2009). En esta dirección, véase la descripción realizada por la STS de 4 de febrero de 2008, RJ/2008/1684.

60. STS de 4 de febrero de 2008, RJ/2008/1684.

2.3. El sistema de representación unitaria y sindical en las administraciones públicas: una perspectiva material

Los órganos de representación unitaria y los de representación sindical defienden en nuestras administraciones intereses colectivos de naturaleza profesional relativos a las condiciones de trabajo de los funcionarios.⁶¹ Sin embargo, la funcionalidad de estas representaciones es distinta y se expresa en un diferente contenido material que tiene la mejor proyección en el perfil funcional que dibujan las diferentes competencias que las leyes les reconocen.

De una lectura atenta del artículo 40 EBEP, relativo a las funciones de los órganos de representación unitaria, se deduce que las competencias de dichas instancias son esencialmente informativas y consultivas, pero estas estructuras representativas también ejercen una competencia general de vigilancia que se extiende al cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo, y esto en cierto modo las convierte en garantes del cumplimiento de buena parte de la legislación de función pública.⁶² Esta última función se completa con el reconocimiento a las juntas y delegados de personal de los instrumentos adecuados para conseguir la efectividad de esta facultad de control y, en particular, de su legitimación para el ejercicio, en su caso, de las acciones legales oportunas ante los organismos competentes. Por ello podría decirse que los órganos unitarios de personal ejercen competencias de información y consulta, competencias de vigilancia y competencias procesales en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo.

En todo caso, debe quedar claro que las normas vigentes no atribuyen a los órganos unitarios el derecho a la negociación colectiva, a la huelga o al conflicto colectivo. Esta cuestión es capital para una adecuada comprensión de la institución.

Como prevé el artículo 33.1 EBEP, la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos debe hacerse mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales a través de las correspondientes mesas de negociación en una opción combinada por la sindicalización y articulación del derecho a la negociación colectiva. Como sabemos,

61. Por tanto, no resulta coherente una distribución de funciones fundamentada en el carácter colectivo o individual de las condiciones de trabajo, como se sugiere en la STSJ de Extremadura de 19 de febrero de 2009, JUR/2009/188950, donde se plantea la necesidad de negociación de una decisión que puede afectar a la ordenación del tiempo de trabajo de una pluralidad de funcionarios que puede ser sustituida con una mera información a los delegados de personal cuando la modificación se centra en un empleado concreto. Todavía más, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2001, RJCA/2001/1150, nos dice que los acuerdos de carácter singular no requieren una negociación colectiva previa. A pesar de todo, la jurisprudencia es vacilante en este aspecto capital al entender que la modificación del régimen de jornada de un funcionario constituye una decisión necesitada de la preceptiva intervención sindical, como sostiene la STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005, JUR/2005/187915.

62. El artículo 40.1.e EBEP parece inspirarse en el artículo 64.9.a ET, a pesar de que existe una diferencia esencial, sobre la que después deberemos volver. El EBEP no atribuye a los órganos de representación unitaria de los funcionarios la vigilancia del cumplimiento de los pactos, las condiciones y los usos de empresa en vigor.

los artículos 6.3 y 7.2 LOLS reservan a los sindicatos más representativos y a los representativos el ejercicio del derecho a la negociación colectiva que se debe instrumentar a través de las mesas pertinentes, de forma que los sindicatos legitimados para negociar no tienen la posibilidad efectiva de participar en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos al margen de estas mesas, estableciendo con su única legitimidad un acuerdo específico para sus propios afiliados en la correspondiente administración pública.⁶³

De hecho, sobre el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, en nuestra jurisprudencia constitucional conviven dos tesis que pueden parecer incluso contradictorias. Por una parte, se afirma que el artículo 37.1 CE, que garantiza el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, no resulta de aplicación a los funcionarios públicos. No hay, pues, una base constitucional sobre la que atribuir el derecho a la negociación colectiva a los representantes de los funcionarios. Por otra, se sostiene que el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad sindical de los funcionarios no implica necesariamente el derecho a una negociación colectiva que permita la conclusión de convenios colectivos con efectos vinculantes; pero se afirma también que la libertad sindical reconocida a los funcionarios públicos obligará a reconocer a los sindicatos la posibilidad de realizar la actividad propia de este tipo particular de asociación como representación institucional de los intereses de los funcionarios y a establecer legalmente un sistema específico de participación de estas organizaciones en la determinación de las condiciones de trabajo de sus representantes. La contradicción se resuelve encomendando a la ley la determinación de los sistemas de participación de las organizaciones sindicales de empleados públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, y afirmando que, en la medida en que una ley establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva, este derecho se integra en el contenido adicional del derecho de libertad sindical con la configuración que pueda atribuirle el legislador del Estatuto de los funcionarios públicos.⁶⁴

A partir de aquí se puede mantener la tesis de un derecho de negociación colectiva de los funcionarios como manifestación exclusiva del derecho de libertad sindical, afirmar un monopolio sindical de la negociación colectiva y situar al sin-

63. La STC 85/2001, de 26 de marzo, conoce de un supuesto en el que un sindicato representativo reclama la apertura de un proceso de negociación al margen de la pertinente mesa, señalándose al respecto que si se reúnen los requisitos de legitimación, el sindicato tiene derecho a exigir la negociación colectiva en los términos previstos por la legislación vigente, pero no le asiste el derecho a disponer de un proceso negociador al margen de los procedimientos y los canales establecidos legalmente. La STS de 19 de mayo de 1995, RJ/1995/4277, ya había establecido que la ley reserva la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a las organizaciones sindicales representativas, pero a través de unos órganos –las mesas de negociación– abiertos solamente a estos sindicatos concretos, con lo que estos no tienen la posibilidad de negociar por separado un acuerdo colectivo. Sencillamente, la configuración legal del derecho de negociación colectiva de los funcionarios que se defiende por la doctrina constitucional supone que estos derechos solamente pueden ser ejercidos por determinados sujetos expresamente legitimados, a través de determinadas instancias negociales y líneas generales de procedimiento.

64. STC 57/1982, de 27 de julio y 80/2000, de 27 de marzo.

dicato como gestor de la negociación colectiva en el seno del Estatuto de los funcionarios públicos, sin otra opción representativa desde la perspectiva estricta de su fundamento constitucional.⁶⁵

En esta línea argumental puede afirmarse que la conexión establecida entre la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva de los funcionarios lleva a reconocer al sindicato como sujeto titular de la negociación colectiva y dificulta la regulación de un sistema de negociación abierto a sujetos no sindicales. Simplemente, en la función pública la representación unitaria no está constitucionalmente reconocida como un agente de la negociación colectiva, por lo que los órganos de representación son una creación del Estatuto de los funcionarios públicos y solo pueden desarrollar las competencias que las leyes expresamente les atribuyen. Es perfectamente lógica la atribución de un monopolio sindical en la negociación colectiva de los funcionarios que solo tienen constitucionalmente reconocido el derecho a la libertad sindical, y es más, no solo es lógica, sino que posiblemente sería discutible la atribución de una titularidad negocial a sujetos no sindicales en un sistema jurídico que toma como referencia el Convenio de la OIT 151, de 27 de junio de 1978, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración pública.⁶⁶

Se establece así una de las singularidades más notables del sistema de relaciones colectivas de los funcionarios. A diferencia de lo que sucede en el estatuto de los trabajadores, el Estatuto de los funcionarios no reconoce la capacidad negocial de sus representaciones unitarias. En nuestra legislación no se prevé ningún otro mecanismo de representación de los funcionarios para la negociación que no sea el propiamente sindical, y se excluye cualquier otro tipo de agrupación, asociación u órgano apoderado para la negociación, entre los cuales deben incluirse las juntas y los delegados de personal. Ello significa que la integración de sus miembros en calidad de tales en la mesa de negociación, sin una designación sindical previa, o la sustitución directa de la mesa por un procedimiento de negociación entre las autoridades públicas y el órgano unitario vician el proceso como un todo por transgredir las normas legales que establecen la legitimación para negociar, aunque se pueda alegar que los sindicatos representativos estuvieron presentes y representados en las negociaciones correspondientes por miembros de las organizaciones sindicales que a su vez formaban parte de la junta de personal.⁶⁷

65. En esta dirección, Lahera Forteza, Jesús, *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, CES, 2000, p. 115-130.

66. El artículo 3 del Convenio 151 OIT se remite a las organizaciones de empleados públicos, entendidas como toda organización que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos. No estará de más recordar que en nuestro sistema constitucional el artículo 10.2 CE prevé que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

67. Tal como establecen las SSTs de 5 de mayo de 1994, RJ/1994/4315, y 2 de febrero de 2006, RJ/2006/772, en las que se

Sin embargo, ello no ha sido obstáculo para que los órganos de representación unitarios de los funcionarios públicos hayan asumido la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, ni para que se haya producido un reconocimiento informal de esta opción mediante algún pronunciamiento jurisdiccional o, lo que resulta más paradigmático, a través de los mismos acuerdos colectivos.

Así, por ejemplo, se ha aceptado la negociación con una comisión de representantes de la junta de personal y de las secciones de las organizaciones sindicales más representativas con el argumento de que se había producido una negociación en forma con las representaciones sindicales presentes, aunque a ella habían asistido los miembros de la junta de personal.⁶⁸ En la misma dirección, se llega a convalidar un acuerdo adoptado sobre la base de una propuesta formulada por la junta de personal, por entender que en este órgano de representación ya están integradas las organizaciones sindicales mayoritarias que conforman la mesa de negociación, con lo que se da cumplimiento al trámite de participación sin necesidad de intervención de la mesa de negociación.⁶⁹ En otros supuestos planteados, se enfatiza la función representativa de la junta de personal y su capacidad para servir de canal al pleno ejercicio del derecho de representación y se acepta su facultad para nombrar a los miembros de la correspondiente mesa de negociación, lo que supone de hecho atribuirle una potestad que corresponde a las organizaciones sindicales representativas.⁷⁰ Para terminar, no faltan ejemplos en la doctrina judicial de aceptación directa de la función negocial de la junta de personal y de

afirma que el reconocimiento de la capacidad representativa de los funcionarios queda circunscrita a las organizaciones sindicales con exclusión de las juntas de personal, las cuales tienen atribuida una función fijada por la ley que resulta ajena a la negociación colectiva. Más gráficamente, la STS de 5 de junio de 2003, RJ/2003/5606, dice que la mesa de negociación y la junta de personal son organizaciones diferentes que tienen encomendadas funciones distintas: la mesa de negociación tiene encomendada la celebración de conversaciones encaminadas a obtener convenios sobre la determinación de las condiciones de trabajo; la junta de personal, la intervención en la administración cotidiana de los recursos humanos del organismo correspondiente. En esta dirección, la doctrina judicial señala acertadamente que es la ley la que fija las funciones de los delegados y juntas de personal, entre las cuales no se incluyen la negociación colectiva o la participación en la determinación de las condiciones de trabajo que queda referida a las organizaciones sindicales más representativas y a las representativas. La STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2000, JUR/2001/49810, nos recuerda que ni las juntas de personal, ni las secciones sindicales de centro de trabajo tienen legitimación para negociar en el ámbito de la función pública, función que queda reservada a la mesa de negociación. En la misma dirección, la STSJ de Andalucía/Sevilla de 27 de enero de 2009, JUR/2009/276663, afirma que los preceptos legales son claros cuando exigen la constitución de la mesa de negociación sin que las intervenciones de los delegados sindicales, de la junta de personal o del comité de empresa puedan suplir la participación en la mesa de negociación; la STSJ de Galicia de 4 de febrero de 2005, JUR/2006/68579, afirma taxativamente que la negociación no se lleva a cabo con los órganos de representación, sino directamente con las centrales sindicales con representación en la correspondiente administración; con más precisión, la STSJ de Cataluña de 19 de noviembre de 2002, JUR/2003/165182, advierte que las facultades de la junta de personal son en la ley fundamentalmente informativas y de vigilancia, ajenas por completo al ámbito de la negociación colectiva. En el mismo sentido, pueden citarse las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de abril de 1999, RJCA/1999/3883, de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2002, JUR/2002/147554, de Madrid de 6 de mayo de 2004, JUR/2004/272403, de Cataluña de 27 de octubre de 2006, JUR/2007/118089, de Galicia de 21 de abril de 2010, JUR/2010/193529, de las Islas Canarias, Las Palmas, de 18 de junio de 2010, JUR/2011/18406, de Asturias de 11 de noviembre de 2010, JUR/2011/41847, de Madrid de 4 de febrero de 2011, JUR/2011/230048, y de Asturias de 29 de noviembre de 2011, JUR/2012, 3481.

68. STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de marzo de 2006, JUR/2006/148363.

69. STSJ de Aragón de 12 de enero de 2004, JUR/2004/251860.

70. STSJ de Madrid de 18 de noviembre de 2009, JUR/2010/108987.

su capacidad para presentar plataformas y participar en el procedimiento de negociación.⁷¹

La cuestión se plantea de otro modo y nos introduce en una problemática de interés cuando de partida se acepta que la negociación debe producirse en la mesa correspondiente con los sindicatos representativos, pero que se puede reconocer una negociación «distinta» derivada de los mismos acuerdos colectivos que encargan a la junta de personal la realización de determinadas negociaciones, que de no realizarse significarían la nulidad de las resoluciones aprobadas sin este requisito.⁷² El problema considerado estrictamente consiste en saber si la negociación colectiva puede modificar el perfil funcional de los órganos de representación de los funcionarios y atribuirles una capacidad negociadora que la ley no les reconoce, modificando, por consiguiente, el sistema de actores convencionales del modelo de relaciones colectivas del empleo público.

Una lectura atenta de los instrumentos convencionales más recientes existentes en nuestras corporaciones locales hace patente la existencia de una serie de acuerdos que aparecen negociados o firmados por delegados y miembros de la junta de personal.⁷³ Más claramente, en algún acuerdo se reconoce la capacidad

71. STSJ del País Vasco de 12 de enero de 2004, JUR/2004/251860. En esta dirección, no es difícil encontrar acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de los funcionarios de nuestras corporaciones locales firmados por delegados de personal o miembros de las juntas de personal.

72. SSTSJ de Castilla-La Mancha de 28 de noviembre de 2008, JUR/2009/117680, y de 25 de junio de 2009, JUR/2009/330424.

73. Tal como puede verse en la Resolución TRE/3171/2007, de 24 de julio, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de La Poba de Segur para el período 13.6.2007-12.2.2008 (DOGC, 4994, 24/10/2007), y en la Resolución TRE/3747/2008, de 12 de noviembre, por la que se dispone el registro y la publicación del Pacto de condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Amposta para el cuatrienio 2008-2011 (DOGC, 5279, 16/12/2008), en cuyo preámbulo se dice literalmente: «Ambas partes tienen y se reconocen capacidad legal para convenir lo que se establece en el presente pacto, el cual para el personal funcionario, representado por la Junta de Personal, es, a todos los efectos, un pacto colectivo sometido en su totalidad a la legislación vigente». En esta misma dirección, se puede citar la Resolución de 14 de diciembre de 2011, por la que se dispone la inscripción y la publicación del acta de la comisión negociadora del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Caldes de Montbui (BOPB, 29/12/2011), que está firmada por miembros del comité de empresa, delegados del personal funcionario y un representante de una sección sindical. Aun así, conviene tener presente que en los últimos años asistimos a una corrección de esta situación a través de acuerdos con actores negociales identificados correctamente mediante la constitución de la pertinente mesa de negociación, tal como ocurre en la Resolución TRE/3943/2007, de 13 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de La Garriga para el período 9.5.2007-31.12.2009 (artículo 1; DOGC, 5044, 9/1/2008), en la Resolución TRE/2004/2008, de 5 de mayo, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Premià de Mar para los años 2008-2011 (artículo 42; DOGC, 5162, 30/6/2008), en la Resolución TRE/3724/2008, de 7 de agosto, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Sant Adrià de Besòs para el período 1.7.2008-30.6.2011 (artículo 1; DOGC, 5278, 15/12/2008), en la Resolución de 4 de diciembre de 2009, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Sant Feliu de Codines para los años 2009-2012 (artículo 1.2; BOPB, 301, 17/12/2009), en la Resolución de 15 de enero de 2010, de rectificación de la Resolución de 3 de junio de 2009 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Mollet del Vallès para los años 2009-2012 (artículo 10.2; BOPB, 25, 29/1/2010), en la Resolución TRE/4224/2008, de 18 de diciembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Sant Vicenç dels Horts para los años 2008-2011 (DOGC, 5384, 21.05.2009), en la Resolución de 9 de febrero de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Cubelles para los años 2009-2011 (preámbulo; BOPB 79, 2/4/2010), en la Resolución de 1 de diciembre de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del acuerdo mixto de funcionarios y laborales, regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Lleida para los años 2010 a 2012 (artículo 85; BOPB, 172, 9/12/2010), en la Resolución de 22 de abril de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Sabadell para los años 2008-2011 (artículo 5; BOPB, 135, 7/6/2010), en la Resolución de 5 de mayo de 2011, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Begues para el período 28.03.2011-31.12.2014 (artículo 1, BOPB, 31 de mayo de 2011), en la Resolución de 21 de septiembre de 2011, por la

de los delegados o de la junta de personal para negociar las normas que regulan la prestación de servicios y el régimen retributivo del personal funcionario municipal.⁷⁴ En otros la presencia negociadora de los órganos unitarios se puede detectar en la integración de sus miembros en la comisión de seguimiento del instrumento colectivo correspondiente.⁷⁵ No faltan acuerdos que, pese a haber sido correctamente negociados en la mesa correspondiente entre los representantes de la corporación y las organizaciones sindicales, optan por atribuir a los delegados de personal la negociación de aspectos esenciales del sistema de gestión de personal como puede ser la relación de puestos de trabajo.⁷⁶ Por último, en algunos de los acuerdos analizados se acaba atribuyendo de forma genérica la capacidad de negociación al «representante del personal», a la «representación del personal» o a los «representantes legales de los trabajadores», lo que sugiere indirectamente la presencia de los delegados de personal como órgano negociador.⁷⁷

que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Montornès del Vallès para el período 1.1.2011-30.06.2014 (disposición transitoria; BOPB, 18 de octubre de 2011); o, sencillamente, se determinan las partes concertantes por remisión a las organizaciones sindicales más representativas presentes y actuantes en la mesa de negociación, tal como se puede ver en la Resolución TRE/3661/2007, de 13 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Calella para el período 27.4.2007-31.12.2009 (Artículo 1; DOGC, 5026/11/12/2007), en la Resolución TRE/3110/2009, de 21 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Barcelona (personal funcionario y laboral, guardia urbana y servicios de prevención, extinción de incendios y salvamento) para los años 2008-2011 (artículo 1; DOGC, 5503, 11/11/2009) y en la Resolución de 23 de abril, por la que se ordena la inscripción, el depósito y la publicación del Acuerdo regulador de condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Llagostera para el período 1.01.2009-31.12.2011 (artículo 1; BOPG, 89, 11/5/2010).

74. Resolución de 7 de octubre de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Barberà del Vallès para los años 2010-2012 (artículo 66; BOPB, 29 de noviembre de 2010). En la Resolución TRE/895/2009, de 3 de febrero, por la que se dispone el registro y la publicación del acuerdo marco sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Constantí para los años 2008-2011 (DOGC, 5335, 7/4/2009), se afirma con contundencia que los delegados o delegadas de personal tienen como competencia plantear y negociar todos los asuntos de personal tales como las condiciones de trabajo, salarios, horarios, calendario laboral, vacaciones, anticipos, política de contratación, promoción interna y oferta pública de empleo.

75. A este respecto, la Resolución TRE/3327/2007, de 11 de junio, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Vilanova i la Geltrú para el período 1.3.2007-31.12.2010 (artículo 4; DOGC 8/11/2007), la Resolución TRE/2555/2007, de 4 de mayo, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de La Palma de Cervelló para los años 2007-2012 (artículo 2; DOGC, 4947, 14/8/2007), la Resolución TRE/2007/2008, de 9 de junio, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Consejo Comarcal de la Ribera d'Ebre (artículo 9; DOGC, 5162, 30.6.2008), la Resolución TRE/3746/2008, de 12 de noviembre, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo de condiciones de trabajo de los funcionarios, personal laboral y organismos autónomos que prestan servicios en el Consejo Comarcal del Tarragonès, para los años 2008-2011 (artículo 5; DOGC, 5279, 16/12/2008), la Resolución TRE/533/2009, de 4 de febrero, por la que se dispone la inscripción, el depósito y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Diputación de Girona para los años 2008-2011 (artículo 7; DOGC, 5332, 5/3/2009), y la Resolución TRE/1357/2009, de 14 de enero, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Les Cabanyes para los años 2008-2011 (artículo 6; DOGC, 5381, 18/5/2009).

76. Resolución de 11 de enero de 2010, de rectificación de la Resolución de 30 de junio de 2009 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Torelló para los años 2009-2011 (artículo 1 y 9; BOPB, 19, 22/1/2010). Como supuesto específico de separación e integración de roles puede verse la Resolución de 1 de diciembre de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del acuerdo mixto de funcionarios y laborales, regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Lleida para los años 2010 a 2012 (BOPLL, 172, 9/12/2010), donde se señala que la corporación y las organizaciones sindicales firmantes del acuerdo, a través de sus miembros en la comisión paritaria de la junta de personal y del comité de empresa, deberán negociar en el supuesto de huelga los servicios mínimos para atender a la comunidad.

77. Resolución TRE/2605/2008, de 15 de julio, por la que se dispone el registro y la publicación del Pacto regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Falses para los años 2008-2011 (artículo 34; DOGC, 5199, 21/8/2008), Resolución TRE/496/2009, de 9 de febrero, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo de condiciones de trabajo/Convenio colectivo para el personal del Ayuntamiento de Creixell, para los años 2008-2011 (artículo 37, DOGC, 5330, 3/3/2009), Resolución TRE/1016/2009, de 3 de marzo, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo regulador de las condicio-

Así, se reconoce a los órganos unitarios una capacidad para la creación de reglas sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que las leyes no admiten, o se permite por vía negociada que, mediante acuerdos concretos, los delegados y las juntas de personal participen en la determinación del proyecto convencional colectivo del personal funcionario de una determinada administración pública. En este punto es importante recordar que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la negociación colectiva es un derecho esencialmente de configuración legal, entendiendo que los sindicatos titulares de este derecho, así como las administraciones públicas en las que se desarrollan, no son libres para ejercerlo de una manera incondicional, dado que la ley no deja la configuración del sistema de negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las administraciones concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, su objeto y las líneas generales del procedimiento de negociación, con lo cual, para las organizaciones sindicales, la negociación debe materializarse por medio del órgano establecido con esta finalidad, que no es otro que la mesa de negociación.⁷⁸ Así pues, es la ley la que construye el perfil funcional de los órganos unitarios de representación y única y exclusivamente les encomienda derechos de «participación» a través de la información y la consulta, situándolos en una posición que los desvincula de la negociación colectiva, sin que los acuerdos colectivos puedan alterar esta situación reconociéndolos como sujetos legitimados para participar en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.⁷⁹ En pocas palabras, a diferencia de lo que sucede en el Estatuto de los trabajadores, la forma de representación unitaria no comparte con la representación sindical las mismas funciones de regulación –funciones que no pueden construirse al margen de la ley en el Estatuto de los funcionarios públicos.

Una cuestión distinta que dota al sistema de una especial complejidad resulta de la misma gestión de personal que implica actuaciones sobre la determinación de condiciones de trabajo que requieren la intervención de varios órganos en momentos dispares para su válida aprobación, cada cual con sus competencias específicas y diferenciadas, que incorporan facultades de negociación o de participación, pese a que se puedan solapar en determinados aspectos. La existencia de estos diversos órganos, así como la falta de claridad en su delimitación legal y distinción de perfil funcional, obligan a nuestras corporaciones locales a continuas y perma-

nes de trabajo del personal laboral y funcionario del Consejo Comarcal de la Terra Alta y de sus organismos autónomos (artículo 43; DOGC, 5363, 21/4/2009), Resolución de 1 de febrero de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Cabrera d'Anoia para los años 2009-2011 (artículo 62; BOPB, 73, 26/3/2010), y Resolución de 1 de febrero de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Consejo Comarcal del Bages para los años 2009-2012 (artículo 5; BOPB, 95, 21/4/2010).

78. SSTC 80/2000, de 27 de marzo, y 85/2001, de 26 de marzo.

79. Precisamente esta es la tesis de la STS de 5 de mayo de 1994, RJ/1994/4315, que subraya la imposibilidad de atribuir y reconocer la eficacia jurídica de un pacto concertado por un órgano que no tiene capacidad negociadora.

nentes reuniones de las distintas instancias de negociación o de participación con la finalidad de tratar asuntos que, en definitiva, no son materialmente más que condiciones de trabajo, lo que dificulta en exceso las relaciones laborales, y aun más si se tiene presente que en la práctica los miembros de cada uno de estos órganos no tienen por qué ser diferentes, y de hecho cada uno de ellos tiene un conocimiento de los problemas de personal, en su visión conjunta y en su totalidad.

Un análisis rápido de los ámbitos de incidencia de las competencias de participación de los órganos unitarios de personal y de las materias que deben ser objeto de negociación por las organizaciones sindicales muestra coincidencias significativas. Así, por ejemplo, en el campo de las retribuciones de los funcionarios públicos, los delegados y las juntas de personal mantienen una competencia de información «sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones» (artículo 40.1.a EBEP), mientras que las mesas de negociación deben tratar sobre la «aplicación del incremento de las retribuciones del personal» y sobre «la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios» (artículo 37.1.a y b EBEP); las juntas de personal deben recibir información sobre la evolución probable del empleo (artículo 40.1.a EBEP), información que se constituye en una base esencial para formular los «planes e instrumentos de planificación de recursos humanos» (artículo 37.1.c EBEP) y los «criterios generales sobre ofertas de empleo público» (artículo 37.1.l EBEP) que deben ser objeto de la negociación preceptiva; los órganos de representación de los funcionarios deben recibir información sobre los «programas de mejora del rendimiento» (artículo 40.1.a EBEP), mientras que las mesas de negociación deben abordar «las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño» (artículo 37.1.d EBEP); los delegados y las juntas de personal deben emitir informe sobre «el traslado total o parcial de las instalaciones», facultad que guarda una estrecha relación con la materia referida a «movilidad funcional y geográfica» (artículo 37.1.m EBEP), que exige negociación de las medidas que impactan sobre la posición y localización de los centros de trabajo de los funcionarios públicos; la capacidad atribuida a los órganos de representación de los funcionarios para informar a solicitud de la administración pública correspondiente sobre la «implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo» guarda una relación estrecha con «los sistemas de clasificación de puestos de trabajo» (artículo 37.1.c EBEP) y con «las decisiones de las administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización» y tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (artículo 37.2.a EBEP), los dos ámbitos que deben ser objeto de negociación. En esa misma dirección, las juntas y los delegados de personal deben «tener conocimiento y ser oídos en el establecimiento de la jornada laboral y horario de trabajo, así como en el régimen de vacaciones y permisos» (artículo 40.1.d EBEP), campo que resulta coin-

cidente en todos sus aspectos con el referido a «horarios, jornadas, vacaciones, permisos» que se constituye en objeto negocial de la mesa pertinente (artículo 37.1.m EBEP).

Pues bien, la intervención de los diferentes órganos de representación y negociación no puede obviarse ni menoscabarse, pensando, por ejemplo, que la intensidad participativa que supone el trámite de negociación en la mesa pertinente hace innecesario, e incluso contraproducente, un trámite de información o de consulta ante la junta de personal.⁸⁰ En sentido inverso, no se puede considerar que la intervención de la junta de personal a través del oportuno trámite de informe pueda suplir la falta de negociación con las organizaciones sindicales que han de integrar la mesa de negociación correspondiente.⁸¹ Sencillamente, la legislación vigente reconoce a los distintos órganos unas competencias que no se pueden ignorar o preterir y establece con un lenguaje imperativo el carácter obligatorio de la información, la consulta o la negociación sobre determinados ámbitos materiales. El informe de la junta de personal o la negociación con los sindicatos suponen un sistema de garantías sobre un proceso de determinación administrativa de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que asegura la objetividad y el acierto de la decisión pública.

Otra cosa es que desde una perspectiva estricta de política legislativa se separen adecuadamente los ámbitos de intervención de los diferentes órganos de representación y pueda llegar a establecerse una distinción neta entre las decisiones de gestión de los recursos humanos que deben ser objeto de información y consulta y, por otra parte, las normas y criterios generales que regulan las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Con todo, convendrá recordar que este esquema limpio de separación funcional entre las competencias de información y consulta de los órganos de representación y las competencias de negociación de las organizaciones sindicales legitimadas para participar en las mesas se quiebra en nuestra legislación en un supuesto propio y peculiar del artículo 38.10 EBEP, en el que se establece que se garantiza el cumplimiento de los pactos y acuerdos, salvo que excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las cir-

80. A este respecto, véanse las SSTSJ de Asturias de 7 de junio de 2005, JUR/2005/194152, y 19 de octubre de 2005, JUR/2005/273220, que analizan como supuestos paradigmáticos los trámites de consulta y negociación de una relación de puestos de trabajo; con este fin, la administración correspondiente utiliza el argumento de que dicha relación ha sido objeto de negociación con las organizaciones sindicales, argumento que es rehusado por el juez indicando que en ningún caso el informe de la junta de personal puede considerarse sustituido o irrelevante, con lo que su omisión produce un defecto de procedimiento que vicia la decisión y comporta su nulidad, vicio que además no se considera subsanable *a posteriori*. En esta misma dirección, la STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2006, JUR/2007/118089, que analiza el supuesto concreto de la asignación de unos complementos de productividad de acuerdo con una orden comunicada previamente y negociada con las organizaciones sindicales, negociación que se considera independiente del trámite de información y comunicación a la pertinente junta de personal, básico para el ejercicio de las acciones que corresponden a este órgano de representación. Hay que destacar, en sentido contrario, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de junio de 2000, que parece dar por válido un informe de la mesa de negociación en un expediente de remoción de un funcionario público, informe que la legislación vigente reserva a las juntas de personal.

81. Tal como se afirma en las SSTSJ del País Vasco de 14 de septiembre de 2001, JUR/2001/253313, y de Aragón de 17 de enero de 2007, JUR/2008/63230.

cunstances económicas, los órganos de gobierno de las administraciones públicas suspendan o modifiquen el complemento de pactos y acuerdos ya suscritos, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las administraciones públicas han de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación.

Este es un trámite de información referido a las organizaciones sindicales sin otra previsión legal. A mi parecer, la clave interpretativa para abordar esta situación se sitúa en el ámbito de las vicisitudes que afectan, no a la ejecución del acuerdo, sino a su vigencia y eficacia jurídica.⁸² La medida a adoptar es de suspensión de efectos de determinadas cláusulas del acuerdo o de modificación unilateral de las cláusulas pactadas, con lo que entiendo que la decisión es de orden general y debe ser comunicada a los sujetos titulares del derecho de negociación y no a los administradores de un particular tipo de acuerdo.⁸³ Por lo tanto, la obligación de informar habría que situarla en el marco de la mesa de negociación, al margen de las comisiones de seguimiento de los correspondientes acuerdos que tienen como función dotar de efectividad práctica al acuerdo adoptado. Este es un aspecto esencial de la cuestión. La función de las comisiones de seguimiento es la interpretación y la aplicación de alguna cláusula del acuerdo, la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto, o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados, actuaciones para las que solo estarían legitimadas las partes firmantes, puesto que se trataría de una actuación interna del acuerdo dirigida a actualizar la voluntad negocial expresada en el mismo.⁸⁴ Estas situaciones, suspensiones o modificaciones, no suponen administración de un acuerdo colectivo, sino su alteración o revisión, y en la práctica dejan sin sentido al propio instrumento convencional, más concretamente a su sistema interno de prestaciones y contraprestaciones, por lo que, a nuestro parecer, se deben notificar a quien tiene legitimación para negociar y a quien en cierto modo pierde su derecho a negociar por una decisión unilateral de un órgano de gobierno fundamentada en una causa grave de interés público.

En todo caso, la experiencia reciente sobre esta materia nos demuestra que la obligación de informar a las organizaciones sindicales de la suspensión o modificación de los pactos y acuerdos ya firmados se lleva a cabo a través de las mesas de negociación. Debe advertirse también que la carga de la información es sobre las «causas» de la suspensión o modificación y no sobre el contenido concreto y detallado de cada medida a adoptar, con lo que la medida adoptada se aleja toda-

82. En esta acertada dirección, Palomar Olmeda, Alberto, «La desvinculación de lo pactado en el Estatuto...», *op. cit.*, p. 640-641.

83. Sería preciso, pues, modificar la opinión expresada en el sentido de que se tendrá que informar de la adopción de esta medida a las organizaciones sindicales que fueron parte del pacto o acuerdo, tal como puede verse en Mauri Majós, Joan, «La negociación colectiva», en Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 429.

84. Martínez Gayoso, María Nieves, *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública*, Oñati, IVAP, 2002, p. 109-123.

vía más de la estructura propia del acuerdo existente y en la práctica implica una explicación sobre la recuperación de la capacidad unilateral de la administración para establecer las condiciones de trabajo de los empleados públicos y las medidas a adoptar.⁸⁵ Así pues, son los órganos de gobierno de las administraciones públicas los que, ante una situación excepcional y en casos concretos, recuperan y se reservan un espacio de regulación que en circunstancias ordinarias se abordaría a través de un procedimiento negocial con las organizaciones sindicales legitimadas para actuar en la correspondiente mesa de negociación. En todo caso, lo que sí es conveniente es que esta explicación de causas y medidas a adoptar sea necesaria, razonable y proporcionada, de modo que se pueda llegar a la convicción de que su adopción resulta congruente con la situación creada y pueda ayudar a superarla, con lo que parece que se podrían llegar a rehusar aquellas medidas no motivadas en un juicio de racionalidad e idoneidad como las fundamentadas en referencias generales a la crisis económica y su incidencia en la insuficiencia presupuestaria de las administraciones públicas.⁸⁶

La relación de los órganos de representación de los funcionarios con el ejercicio del derecho de huelga es una incógnita. En principio, la huelga es un derecho individual del funcionario, que se ejerce de manera colectiva, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad (artículo 15 EBEP). Por lo tanto, esta construcción legal escinde la titularidad del ejercicio del derecho: el funcionario puede defender sus derechos mediante la huelga, pero esta debe ser ejercida mediante un actor colectivo que la lleve a cabo; simplemente, el derecho de huelga se ejerce de manera colectiva a través de los representantes del personal funcionario.⁸⁷ Con todo, dentro de esta doctrina existen dos tesis distintas: la primera entiende que el ejercicio colectivo del derecho de huelga puede quedar abierto a los sindicatos, a los representantes legales de los trabajadores y a los propios trabajadores por medio de acuerdo o concierto entre estos; la segunda tesis planteada señala que el ejercicio colectivo del derecho de huelga es de configuración legal, pese a respetar el contenido esencial del artículo 28.1 CE, que exige la presencia del sindicato en el ejercicio del derecho de huelga. Lógicamente, esta segunda opción implica que, al ser los órganos de representación una creación legal con competencias tasadas y otorgadas por la ley, la no atribución legal del ejercicio de la huelga significa simplemente que los órganos unitarios de personal no están facultados para convocarla.⁸⁸

85. Sobre el alcance de la información a facilitar a las organizaciones sindicales en estos supuestos, véase la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de septiembre de 2011, JUR/2011/347467.

86. Como se afirma en la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 15 de marzo de 2010, JUR/2011/12685.

87. El artículo 3.2.a del Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, afirma concretamente que están facultados para acordar la declaración de huelga los trabajadores a través de sus representantes.

88. Seguimos en estas líneas el argumento de Lahera Forteza, Jesús, *La titularidad de los derechos colectivos...*, op. cit., p. 91-92. En

Es importante recordar que el reconocimiento constitucional del ejercicio del derecho de huelga a los funcionarios públicos resulta un tema polémico y abierto a discusión. En principio, el punto de partida debe ser forzosamente la admisión del derecho de huelga a los trabajadores para la defensa de sus intereses con las garantías necesarias que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, como señala el artículo 28.2 CE. A partir de aquí existen cuatro tesis sobre la titularidad del derecho de huelga de los funcionarios públicos. La primera defiende que, al referirse el artículo 28.2 CE a los trabajadores, los funcionarios estarían excluidos de la titularidad de tal derecho; la segunda, mayoritaria en el derecho del trabajo, considera que los funcionarios están incluidos en la noción «trabajadores» utilizada por el artículo 28.2 CE y que la referencia a los servicios esenciales confirma esta opción; la tercera, fundamentada en la STC 11/1981, de 8 de abril, sobre el Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, entiende que la Constitución ni reconoce ni prohíbe el derecho de huelga de los funcionarios públicos, con lo que la huelga acaba siendo un derecho de creación y reconocimiento legal para los funcionarios públicos; la cuarta y última de estas tesis, que parece que empieza a disfrutar de cierto predicamento, sostiene que el derecho de huelga es un derecho derivado del reconocimiento constitucional de la libertad sindical de los funcionarios públicos.⁸⁹

En cualquier caso, respecto a las cuestiones que tratamos es interesante subrayar que seguramente debería aplicarse al derecho de huelga de los funcionarios la misma lógica que ha utilizado el Tribunal Constitucional para aclarar su derecho de negociación. Teniendo en cuenta que la Constitución ha afirmado la naturaleza peculiar del derecho de sindicación del personal funcionario y reconociendo que el sindicato debe tener capacidad para cumplir las finalidades de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, debe afirmarse también la existencia de una pluralidad de formas de actividad e intervención de las organizaciones sindicales en el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y en la solución de los conflictos que puedan plantearse con motivo de su determinación, formas que la Ley del estatuto de los funcionarios públicos debe reconocer y configurar, admitiendo que, en la medida en que una ley reconozca el derecho de las organizaciones sindicales a la huelga, este derecho se integra en el contenido adicional de la libertad sindical con la configuración que le atribuya el legislador.⁹⁰

esta misma dirección, el planteamiento de Martínez Abascal, Vicente-Antonio, «Reflexiones en torno a la regulación del ámbito subjetivo del derecho fundamental de huelga», en *Relaciones Laborales*, 7, 2010, La Ley 2280/2010, p. 16, donde desde una perspectiva crítica se entiende que el artículo 40 EBEP no incorpora la titularidad del derecho de huelga a favor de los órganos de representación de los funcionarios públicos, afirmando que el legislador podía haber reconocido a la representación unitaria la legitimación para la convocatoria de una huelga, pero que ha optado por no hacerlo.

89. Las tesis mantenidas al respecto se exponen con detalle en Castiñeira Fernández, Jaime, *El derecho de huelga de los funcionarios públicos*, Navarra, Aranzadi, 2006, p. 55-67.

90. Como sabemos, esta es la doctrina que se predica del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en las SSTC 80/200, de 27 de marzo, y 85/2001, de 26 de marzo.

Esta estrecha relación entre la configuración del derecho de negociación colectiva y el derecho de huelga de los funcionarios públicos puede observarse desde una perspectiva formal, pero puede también tener en cuenta una perspectiva más sustancial. Conviene subrayar que existe una íntima relación entre el proceso de determinación de las condiciones de trabajo y los conflictos colectivos. La huelga en las administraciones públicas parece íntimamente conectada con un sistema de presión que debe hacer valer las posiciones de los representantes de los funcionarios públicos en las correspondientes instancias de negociación. Desde esta perspectiva, parece ilógico que una representación que no tiene reconocido el derecho de negociación colectiva pueda tener la capacidad necesaria para convocar una huelga «profesional» al margen de los procesos de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.⁹¹ Así, la construcción del derecho de huelga en las administraciones públicas debería partir de su conexión funcional con la negociación colectiva y con el actor principal y único del sistema de negociación colectiva, que en el sector público es el sindicato.

Hecha esta precisión, debemos partir de una premisa: el EBEP ha reconocido a los empleados públicos «el ejercicio de la huelga», no la titularidad del derecho, sino su ejercicio, y se subraya además que es un derecho que los empleados públicos «ejercen de manera colectiva». Por lo anterior, este ejercicio parece condicionado por la convocatoria de un sujeto colectivo, con lo que no se diría que el funcionario público, por sí mismo o de forma agrupada al margen de una representación colectiva, pueda plantear una interrupción de la actividad de un servicio.⁹² Este precepto debe completarse con el artículo 2 LOLS, en el que se prevé que el ejercicio de la actividad sindical comprenderá el ejercicio del derecho de huelga, ejercicio que a mi parecer se extiende igualmente al ámbito de las administraciones públicas.

Con estos datos podemos ya afirmar que una traslación acrítica del derecho de huelga como un derecho separado y autónomo, dotado de sustantividad propia al margen del derecho de libertad sindical y basado única y exclusivamente en la previsión del artículo 28.2 CE, no es posible.⁹³ Esta afirmación implica la imposibilidad de trasladar al ámbito de la función pública la triple alternativa de legitimación que en orden a la convocatoria de la huelga existe en el artículo 3.3.a del Real decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, es de-

91. Martín Valverde, Antonio, «El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo», en Cabeza Pereiro, Jaime; Jesús Martínez Girón, *El conflicto colectivo y la huelga*, Murcia, Ediciones Laborum, 2008, p. 232-237.

92. Sobre el reconocimiento de la huelga a los empleados públicos en el seno del EBEP nos remitimos al trabajo de Martín Valverde, Antonio, «El estatuto básico del empleado...», *op. cit.*, p. 210-217.

93. Esta es la pretensión del trabajo de González de la Aleja, Ramón, *La titularidad del derecho de huelga. En especial en la función pública: perspectivas jurídico-críticas*, Granada, Comares, 1999, p. 2 88-299.

cir, directamente a los mismos trabajadores, a sus representantes o a los sindicatos con implantación en el ámbito del conflicto. En el sector público los funcionarios son titulares del ejercicio de una huelga que debe ser convocada de manera colectiva; los órganos unitarios de representación no han recibido legalmente una competencia específica sobre esta cuestión en una excepción vinculada con la decisión adoptada en materia de negociación colectiva, y solamente los sindicatos aparecen como sujetos titulares de los derechos colectivos.⁹⁴ La conclusión que se desprende de nuestro análisis resulta evidente: los órganos unitarios de representación no están legitimados para convocar una huelga de funcionarios.

El artículo 37.2 CE reconoce el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo que se han de entender distintas de la huelga y que no englobarían los procedimientos de solución de conflictos que, como después veremos, se encuadran mejor en el ámbito de la negociación colectiva. El perfil de un sistema de conflictos colectivos separado de la huelga no tiene hoy un referente legal en el derecho vigente. Los conflictos colectivos que consisten en acciones significativas, como por ejemplo las concentraciones, sentadas, cierres en el puesto de trabajo, boicots, medidas de presión en el puesto de trabajo, bajo rendimiento colectivo voluntario, desviación de funciones, comunicados públicos, trabajo a reglamento y cualquier otra conducta que pudiéramos situar dentro de la categoría de alteración significativa y colectiva de la prestación de servicios al margen de la huelga, no tienen en el Estatuto de los empleados públicos un tratamiento positivo. A pesar de ello, parece que la titularidad colectiva de este derecho debería seguir el esquema del derecho de huelga, pues sería absurdo legitimar a un órgano para la adopción de cualquier medida de conflicto colectivo y negarle la medida de conflicto colectivo por excelencia que es la huelga.⁹⁵ Sencillamente, a mi parecer la función de los órganos de representación en el sistema de función pública no es adversativa, sino participativa, con una orientación colaborativa y en última instancia de control de la regularidad de la gestión de personal en nuestras administraciones públicas.⁹⁶

94. Una aproximación indirecta a esta conclusión puede verse en Fernández Domínguez, Juan José, «El derecho de huelga de los funcionarios públicos», en Fernández Domínguez, Juan José; Beatriz Agra Viforcós; Henar Álvarez Cuesta, *Derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Murcia, Ediciones Laborum, 2005, p. 160-161.

95. Al respecto, Lahera Forteza, Jesús, *La titularidad de los derechos colectivos...*, op. cit., p. 282-283.

96. De todos modos, se debe ser consciente de que algunas medidas de conflicto colectivo pueden ayudar a mejorar la efectividad de los sistemas de control o contribuir a legitimar algunas de las posiciones adoptadas ante la opinión pública, tal como sucede con las notas de prensa, comunicados o denuncias públicas de comportamientos intransigentes, rigurosos o discriminatorios por parte de las autoridades jerárquicas, acciones que pueden ampararse en la genérica capacidad de vigilancia y de distribución libre de información que se refiera a cuestiones profesionales y sindicales previstas en el artículo 40 y 41 EBEP. En cambio, medidas de conflicto como los cierres o la ocupación de instalaciones son generalmente medidas sustitutivas de la huelga o medidas de conflicto auxiliar a remolque de la huelga, y es en su configuración y articulación donde encuentran sentido. En esta dirección, Pérez Pérez, M., «Medidas de conflicto colectivo distintas a la huelga en la función pública», *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, p. 384-408.

Debe distinguirse entre las medidas de conflicto colectivo y los medios de solución de conflictos colectivos que ordinariamente van asociados a la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.⁹⁷ De hecho, los procedimientos de solución de conflictos son procedimientos autónomos a disposición de las partes que deben procurar el acercamiento de posiciones para conseguir un acuerdo que pueda satisfacer los intereses en presencia. Desde esta perspectiva, si no se trata de un procedimiento de negociación, se acerca mucho a un sistema de intercambio de posiciones con la voluntad de llegar a acuerdos. Simplemente, a través de estos procedimientos se negocia en otra instancia distinta o diferenciada de la mesa de negociación el conflicto que no se ha podido arbitrar con una actividad de negociación «pura» o ante una forma distinta de entender y aplicar una norma convencional. Dicho llanamente, los medios de solución de conflictos son otra forma de proseguir el proceso de negociación con la asistencia de un tercero que procura el acercamiento de posiciones o la obtención de una solución admisible por las partes en conflicto.⁹⁸

Con todo, conviene no olvidar que a menudo una discusión sobre la legitimidad de una decisión administrativa puede llegar a ser una discusión jurídica que aparece como el cuerpo sustancial de un conflicto de intereses tendente a obtener una declaración de legalidad o ilegalidad de una determinada conducta. Aquí, desde una perspectiva más formal, la determinación de sujetos reconocidos para alcanzar una determinada solución no debe plantear especiales problemas en los supuestos de una conflictividad individual, plural o colectiva, puesto que los capacitados para el ejercicio de acciones en vía administrativa o judicial como titulares de un derecho subjetivo o de un interés legítimo están legitimados para incoar el procedimiento.⁹⁹

La legitimación para instar el procedimiento de solución de conflictos no resulta pues fácilmente determinable. No depende en realidad más que del tipo de conflicto planteado y de las partes que pueden obtener o negociar una solución. Debe existir, por lo tanto, una relación de correspondencia entre el conflicto, la posibilidad de instar la solución del conflicto, el ámbito de la representación y la capacidad de obtener una solución al conflicto, o, dicho de otro modo, debe darse una determi-

97. El artículo del Convenio 151 OIT, de 27 de junio, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para la determinación de las condiciones de trabajo en la administración pública, prevé explícitamente que la solución de los conflictos colectivos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo se deberá tratar de conseguir por la vía de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de forma que inspiren la confianza de los interesados. En esta misma dirección, el artículo 5.2.e del Convenio 154 OIT, de 19 de junio, sobre el fomento de la negociación colectiva, nos dice que los órganos y procedimientos de solución de conflictos laborales deben estar concebidos de manera tal que contribuyan a fomentar la negociación colectiva.

98. Para una adecuada comprensión de los sistemas de solución de conflictos es fundamental el trabajo de Rodríguez Fernández, M.ª Luz, *Negociación colectiva y solución de conflictos laborales*, Albacete, Bomarzo, 2004, p. 25-28.

99. Santor Salcedo, Helena, *La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, La Ley, 2006, p. 368-369.

nada simetría entre los sujetos legitimados para el planteamiento de un conflicto y los sujetos legitimados para obtener una solución eficaz y duradera del conflicto.

En el sistema de función pública, el artículo 45 EBEP incluye varias disposiciones sobre los sistemas de solución de conflictos, entendiendo que los conflictos a los que se refiere el apartado anterior pueden ser los derivados de la negociación, y de la aplicación e interpretación de los pactos y acuerdos, con lo que parece que se da una estricta relación entre la negociación colectiva y el devenir de los productos de la negociación con los sistemas de solución de conflictos. Es más: la creación, la configuración y el desarrollo de estos sistemas se confía a un acuerdo entre las administraciones públicas y las organizaciones sindicales. El mencionado precepto establece también que el recurso a estos sistemas debe hacerse de conformidad con los procedimientos que se determinen por reglamento a partir de un acuerdo previo con las organizaciones sindicales más representativas.

Esto puede llevar rápidamente a concluir que los sujetos capacitados para negociar los acuerdos y los pactos colectivos son los sindicatos y las administraciones públicas legitimadas para la negociación colectiva del personal funcionario, regla que se considera simple e indiscutible, tanto en el supuesto de un bloqueo de la negociación como en el de un conflicto de interpretación o aplicación de un acuerdo o pacto colectivo. En sentido negativo, por omisión habría que excluir de tal supuesto la intervención en los procedimientos de solución de conflictos de las juntas de personal, puesto que las competencias de los órganos de representación de los funcionarios públicos se desarrollan principalmente en ámbitos participativos por la vía de la información y consulta, pero en ningún caso mediante la negociación y el conflicto colectivo.¹⁰⁰

Sin embargo, esta posición, coherente con un planteamiento de los sistemas de solución de conflictos como prolongación con otros medios y con interposición de terceros de la negociación colectiva, olvida la capacidad de las juntas de personal para plantear conflictos jurídicos sobre la gestión ordinaria de los recursos humanos de una administración pública determinada. A este respecto conviene recordar que según el artículo 40.2 EBEP, las juntas y los delegados de personal están legitimados para iniciar, como interesados, los procedimientos administrativos correspondientes y ejercer las acciones en vía administrativa o judicial en todo lo referente al ámbito de sus funciones. Este precepto alude a la capacidad de los órganos de representación de los funcionarios para el ejercicio de acciones «en vía

100. Cruz Villalón, Jesús, «La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública», en Gamero Casado, Eduardo; Miguel Rodríguez-Piñero Royo (coordinadores), *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2008, p. 86-89. En la misma dirección, Gala, Carolina, «La solución extrajudicial de conflictos colectivos», en Del Rey Guanter, Salvador (dirección), *Comentarios al estatuto básico del empleado público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 504, trabajo en el que se entiende que de la actual redacción de los preceptos del EBEP se deriva una total exclusión de los sistemas de solución de los conflictos de los delegados y juntas de personal, que no podrán participar en su establecimiento ni recurrir a los mismos.

administrativa o judicial»; parece, pues, que quien puede intervenir en la conflictividad que motive la intervención de los órganos judiciales debería tener una legitimación en el mismo sentido y para el mismo tipo de conflicto en los sistemas de solución de conflictos, sistemas que en principio no deberán limitarse al ámbito de la negociación colectiva, aunque este sea su espacio natural de desarrollo.¹⁰¹ Precisamente, en la medida en que los procedimientos de información y consulta se producen en general en el ámbito de las decisiones de las administraciones públicas sobre políticas de personal, parece que no puede excluirse un sistema de composición de aquellos posibles conflictos que se puedan detectar o prevenir en los períodos de consulta con la voluntad de llegar a una decisión consensuada que disminuya los costes de adopción y aplicación. Así pues, a mi parecer no debería excluirse una capacidad de las juntas y los delegados de personal para la utilización de los sistemas de solución de conflictos en todo lo referente al ámbito de sus funciones, sobre todo si el conflicto se define en términos amplios como toda situación exteriorizada de disparidad de criterios u opiniones entre una administración y un grupo o colectivo de empleados públicos respecto a una materia relativa a sus condiciones de trabajo.¹⁰²

Este apartado sobre las funciones de los órganos de representación del personal funcionario en los sistemas de relaciones laborales de las administraciones públicas quedaría incompleto sin un análisis inverso que nos lleve a plantearnos el papel del sindicato en las funciones de participación, espacio en que de una manera u otra interactúa con los delegados y las juntas de personal, aunque referido al sindicato adopta un perfil propio, puesto que a menudo las funciones de información y consulta que se atribuyen a este tipo de representaciones aparecen directamente conectadas con la libertad sindical y resultan necesarias y del todo imprescindibles para que los sindicatos puedan contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de los funcionarios públicos.

Nuestro planteamiento debe partir de un dato objetivo: la estructura del artículo 10.3 LOLS hace que los derechos de información y consulta que se atribuyen a los sindicatos se hayan identificado con la figura de los delegados sindicales.¹⁰³ Los

101. Tal como sostiene Alfonso Mellado, Carlos L., «La actuación de los órganos de representación de los trabajadores en los sistemas extrajudiciales de conflictos laborales», en Escudero Rodríguez, Ricardo; Jesús R. Mercader Uguina, *Manual jurídico de los representantes de los trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 219-221.

102. En esta dirección, Del Rey Guanter, Salvador, *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 25.

103. A pesar de todo, debe tenerse presente el viraje realizado en la Ley 11/1994, por la que se modifican determinados artículos del Estatuto de los trabajadores, del texto articulado de la Ley de procedimiento laboral y de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, texto que en el sistema del Estatuto de los trabajadores empieza a referirse a las «representaciones sindicales», concretamente en los artículos 40, 41 y 51 ET, referencia que ha sido interpretada como una voluntad legal de dotar a las secciones sindicales de un mayor protagonismo en el sistema de relaciones laborales elevándolas a la categoría de representantes de los trabajadores y dotadas de facultades participativas, voluntad que se mantiene en este ámbito y que parece no tener consecuencias prácticas en la acción sindical de las representaciones funcionariales. Nos advierten de este cambio sustantivo Agut García, Carmen, *El delegado sindical*, Editorial Bomarzo, 2006, p. 72, y Luján Alcaraz, José, *La acción sindical en la empresa*, Madrid, CES, 2003, p. 196-199.

delegados sindicales de la LOLS que no forman parte del órgano de representación son los que tienen acceso a la misma información y documentación que se ponga a disposición de la junta de personal, los que pueden asistir a las reuniones de esta instancia unitaria y a las de los órganos internos en materia de seguridad e higiene y, sobre todo, los que deben ser oídos por la administración previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los trabajadores en general y a los afiliados a su sindicato en particular, especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos.

Del mismo modo, debe ponerse de manifiesto que los derechos que la LOLS reconoce se refieren a los delegados sindicales elegidos al amparo de la LOLS, es decir, a los delegados elegidos en las unidades que ocupan a más de 250 efectivos. Lo anterior significa que los derechos de los delegados sindicales se refieren siempre a las funciones de las juntas de personal, puesto que los delegados de personal presentes en las administraciones locales se designan en unidades en las que el número de funcionarios es inferior a 50 efectivos. Debe destacarse igualmente que las funciones de información y consulta que atribuye el artículo 10.3 LOLS a los delegados sindicales se reconocen única y exclusivamente a los delegados que no forman parte de la junta de personal.¹⁰⁴ Para terminar, no estará de más advertir que los derechos reconocidos a esta clase de representantes sindicales son ampliables mediante el correspondiente acuerdo colectivo, como prevé expresamente el artículo 10.3 LOLS, pero, como veremos más adelante, esta ampliación toma como referencia los derechos reconocidos a los delegados sindica-

104. En cambio, cuando el delegado sindical forma parte del órgano unitario, el derecho de información que le corresponde es el propio de este órgano, que, precisamente por su condición de representante unitario, actúa como un todo conjuntamente considerado y no de forma individualizada diferenciando a cada uno de sus integrantes, de modo que la administración cumple la legalidad vigente con la entrega de la documentación a la correspondiente junta de personal, única legitimada para reclamarla, sin que los delegados sindicales miembros del órgano de representación puedan exigir un derecho de información separado e independiente, tal como se afirma en las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 18 de marzo de 1993, As/1993/1630, de la Comunidad Valenciana de 7 de abril de 1998, As/1998/1690, de Galicia de 25 de octubre de 2005, As/2006/27, y en la STSJ de Madrid de 16 de septiembre de 2010, As/2010/2290. Por contra, la STSJ de Madrid de 16 de julio de 2009, JUR/2009/368567, en la que se entiende que la condición de miembro de la junta de personal no inhibe la capacidad para hacer valer un derecho de información que al fin y al cabo tiene como titulares a los órganos unitarios y a las representaciones sindicales. En este punto conviene subrayar la doctrina de la STSJ de Madrid de 21 de septiembre de 2011, JUR/2011/383670, con apoyo en la STS de 12 de noviembre de 2007, RJ/2007/8392, en la que se va más allá para subrayar que cuando el sindicato está presente en un órgano de representación y tiene en su poder o a su disposición la información solicitada, la administración no tiene la obligación de duplicar esta información en beneficio de un delegado sindical, matizando que en estas circunstancias no se puede alegar vulneración del contenido adicional del derecho de libertad sindical porque esta información obra ya en poder del sindicato, doctrina que plantea alguna duda sustancial, dado que el artículo 10.1 LOLS subordina la elección de delegado sindical a la presencia en los órganos de representación que se establecen en las administraciones públicas; por ello, si se lleva al extremo este razonamiento, dejaría sin sentido el párrafo tercero del mismo precepto, que implícitamente se refiere a los delegados sindicales elegidos por secciones sindicales con presencia en las juntas de personal que no son miembros de este órgano de representación unitaria. Otra cosa es que el razonamiento judicial se quiera referir al no reconocimiento de estos derechos a los delegados sindicales miembros integrantes de los órganos unitarios de personal. Más allá de estas consideraciones, convendría reflexionar sobre el dato objetivo por el que se acredita que por esta vía tiene peor condición el sindicato con delegado miembro de la junta de personal, que no tiene derecho a una información individualizada y que no puede defender la posible denegación de sus derechos de información por las vías de protección de los derechos fundamentales. En otro orden de consideraciones, se ha observado que esta condición se predica fundamental de las facultades de acceso a la información y de asistencia a las reuniones que ya poseen los delegados sindicales que forman parte de los órganos unitarios de personal; en cambio, la facultad reconocida por el tercer apartado del artículo 10.3 LOLS, que reconoce el derecho de los delegados sindicales a ser escuchados por la administración previamente a la adopción de medidas que afectan a los afiliados al sindicato, especialmente en materia de despido y sanciones, debe afirmarse indistintamente para todo tipo de delegado sindical, si no se quiere que tenga peor condición el delegado sindical que a la vez es miembro de la junta de personal, que en materia disciplinaria solamente tendría derecho a información sobre las sanciones impuestas por faltas muy graves a tenor de la previsión del artículo 40.1.c EBEP. Al respecto, para el ámbito privado, véase Luján Alcaraz, Julián, *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., p. 208.

les, pero no la posible existencia de esta figura desconectada del necesario umbral de plantilla de 250 efectivos funcionariales o el reconocimiento de los derechos establecidos en el artículo 10.3 LOLS a otros delegados «internos» de sindicatos que no cumplan el requisito específico señalado en el párrafo primero de este precepto de tener presencia en los órganos de representación establecidos en las administraciones públicas.¹⁰⁵

La primera de las facultades reconocidas a los delegados sindicales en el artículo 10.3 LOLS consiste en tener acceso a la misma información y documentación que la administración ponga a disposición de la junta de personal.¹⁰⁶ Es el derecho a recibir información para el ejercicio de la actividad sindical que posee el delegado como representante de la sección sindical y, por lo tanto, del sindicato con representación en la administración pública correspondiente. Se trata de un derecho de configuración legal que se incluye en el contenido adicional de la libertad sindical y se considera necesario para que el sindicato pueda realizar las funciones que le son propias, de defensa, protección y promoción de los intereses de los funcionarios, con lo que se puede amparar y defender por los procedimientos establecidos para la protección de derechos fundamentales.¹⁰⁷ En principio parece que tendrán que ser los gestores de las distintas administraciones públicas los encargados de dar cumplimiento a esta obligación de información, si bien el texto legal no se pronuncia claramente sobre este punto, lo que suscita la duda de si la carga de información se predica de la administración o de la propia junta de personal que debe trasladar los datos que conoce por razón de su función institucional.¹⁰⁸

105. Desde esta perspectiva resulta incongruente reconocer estos derechos a delegados sindicales «internos» de sindicatos que no han concurrido al correspondiente proceso electoral y que, por lo tanto, no tienen la presencia necesaria en los órganos unitarios, o admitir que se pueden reconocer estas facultades a este tipo de delegados por un acuerdo colectivo de condiciones de trabajo, tal como se enuncia en la STSJ de Andalucía, Granada, de 7 de junio de 2000, As/2000/3793, y en la STSJ de Cantabria de 17 de junio de 2004, JUR/2004/191136. Respecto a este tema, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 6 de octubre de 1998, As/1998/7727, explica con mucha claridad que el artículo 10.3 LOLS no se puede interpretar literalmente y de forma aislada, sino que es preciso ponerlo en relación con el número 1 del mismo artículo, en el que se dispone que las secciones sindicales que puedan constituir los trabajadores afiliados a los sindicatos «con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las administraciones públicas», estarán representadas, a todos los efectos, por delegados sindicados elegidos por sus afiliados en la empresa o en el centro de trabajo y entre estos afiliados; de ahí resulta que la elección de delegado sindical puede recaer sobre afiliados a sindicatos con independencia de que pertenezcan o no al órgano de representación. Y es a los delegados sindicales, elegidos por los afiliados a los sindicatos «con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establecen en las administraciones públicas», pero que no forman parte de los mismos, a quienes el número 3 del artículo 10 LOLS reconoce los mismos derechos y garantías que se reconocen a los miembros de los órganos de representación.

106. La STSJ de Andalucía, Málaga, de 19 de diciembre de 2002, As/2003/1101, reconoce el derecho de un sindicato a ser informado de los resultados de la reunión de la mesa de negociación, y, en concreto, de los acuerdos adoptados en todas y cada una de sus reuniones, entendiendo que el derecho de información es esencial para la existencia de un auténtico y efectivo derecho de libertad sindical, derecho que en este supuesto concreto encuentra su fundamento no en el artículo 10.3 LOLS, sino en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, que regula específicamente el derecho de acceso de los ciudadanos a archivos y registros públicos y en la condición de interesado del sindicato actuante. Más genéricamente, la STSJ de Aragón de 6 de julio de 2011, JUR/2011/35744, admite el derecho de un sindicato con presencia en la junta de personal a la recepción de toda la información que se facilite a las organizaciones sindicales presentes en la mesa de negociación invocando la importancia de la información desde una perspectiva de materialización efectiva del derecho de libertad sindical. Contrariamente, la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2011, JUR/2011/283093, concluye que un sindicato no tiene derecho a obtener información sobre los temas tratados en una mesa sectorial de negociación, dado que se trata de un órgano paritario en que las decisiones no son adoptadas unilateralmente por la administración pública en el ámbito de su política de personal.

107. Tal como sostiene la STSJ de Madrid de 16 de julio de 2009, JUR/2009/368567.

108. La STSJ de Andalucía, Málaga, de 28 de noviembre de 2002, JUR/2003/36376, expresa con claridad que la carga de infor-

Este deber de información parece requerir una conducta activa por parte de la administración o, como mínimo, una posición facilitadora y no obstructiva,¹⁰⁹ que se predica de forma individualizada de todos y cada uno de los delegados sindicales que tienen la facultad de obtener una determinada información por no formar parte del órgano de representación unitaria. Al mismo tiempo, el redactado amplio y abierto del precepto permite incluir en el contenido de esta obligación cualquier tipo de información que se facilite a la junta de personal, con independencia de su naturaleza y justificación última en función de un precepto de origen legal, reglamentario, de naturaleza convencional o, sencillamente, fundamentado en una simple práctica administrativa.¹¹⁰ Desde una perspectiva formal, se ha de entender que la información recibida debe tener las mismas condiciones, el mismo formato y el mismo tiempo que la facilitada a los representantes unitarios de los funcionarios. Lógicamente, el artículo 10.3 LOLS recuerda en estos supuestos que los delegados de personal están vinculados también por la obligación de guardar sigilo profesional en las materias en que legalmente sea procedente hacerlo, teniendo presente que la particular posición del delegado sindical como representante de la sección sindical y del mismo sindicato en la unidad correspondiente presupone que la información recibida puede tener como destinatario último a esta sección y a la organización sindical.¹¹¹

De acuerdo con el artículo 10.3.2 LOLS, los delegados sindicales tienen derecho a asistir a las reuniones de los órganos de representación y de los órganos internos que en materia de seguridad y salud se constituyan en las administraciones públicas, con voz pero sin voto. Resulta evidente la estrecha relación que se establece entre este derecho de asistencia y el derecho de información, dado que la presencia en estas reuniones permitirá al delegado tener un conocimiento estrecho de la dinámica representativa de dichos órganos de participación en la gestión co-

mación corresponde al ayuntamiento y no al órgano de representación. En cambio, la SJ C.A. nº 6 de Murcia, JUR/2008/108526, insinúa que la información debe obtenerse de las juntas de personal o través de los órganos de representación.

109. Este planteamiento se puede ver en Agut García, Carmen, *El delegado sindical...*, op. cit., p. 73. No obstante, resulta discutible puesto que la redacción del artículo 10.3 LOLS con la fórmula «tener acceso» parece referirse a un derecho a obtener información. Sobre esta cuestión, el posicionamiento de la STSJ de Asturias de 17 de diciembre de 2002, RJCA/2003/119, en la que se entiende que los delegados sindicales tienen derecho al acceso a la misma información que se ponga a disposición del órgano unitario, siempre, como es lógico, que la soliciten previamente, recordando al respecto también los derechos de los ciudadanos señalados en el artículo 35, letras a, g y h, de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común, que solo se materializan en la práctica si se solicitan.

110. En lo referente a este tema, la STSJ de Andalucía, Málaga, de 28 de noviembre de 2002, JUR/2003/36376. La STSJ de Galicia de 28 de octubre de 2009, JUR/2009/475786, acepta que se facilite a una delegada sindical que tiene la condición de funcionaria información solicitada sobre personal laboral partiendo del dato objetivo que esta ha sido facilitada a la junta de personal; en la misma dirección, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de julio, de 2002, As/2002/4207, entiende que un delegado sindical que ostenta la condición de funcionario público puede reclamar una información sobre hechos y decisiones que afectan a personal laboral, y recalca que la petición la realiza un delegado sindical con independencia del régimen jurídico de la relación.

111. A este respecto, véanse las consideraciones de Agut García, Carmen, *El delegado sindical...*, op. cit., p. 76-79. La consideración del delegado sindical como una instancia interna y externa de representación del sindicato presupone que este está llamado a mantener una relación informativa con los miembros de su sección sindical y con su sindicato siempre que sea necesario para el ejercicio de su función representativa, tal como se afirma en Boza Pro, Guillermo, *El deber de sigilo de los representantes de los trabajadores*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 314-320.

tidiana de los recursos humanos de determinada administración pública. Aun así, esta facultad facilita la apertura de una dinámica concreta de relación entre las representaciones unitaria y sindical que permita hacer presente la voz del sindicato en el seno del órgano y que lleva aparejadas posiciones de integración y asociación a la acción participativa de la representación de personal, pero también de contradicción y oposición, siempre en beneficio de la defensa, protección y promoción de los intereses de los funcionarios, que obtienen así una consecuencia positiva de ese doble canal representativo que se da en nuestras entidades locales,¹¹² sin que ello signifique la desnaturalización del perfil propio de cada uno de los canales de representación, dado que la presencia del sindicato conlleva la facultad de poder hacerse escuchar, pero no el derecho de conformar la decisión con su propio voto.¹¹³ En todo caso, debe tenerse en cuenta que este derecho de asistencia se proyecta sobre el órgano de representación y no sobre la propia administración pública. Significa esto que dicha facultad sindical se impone a los órganos internos de la representación unitaria, con lo que serán estos los encargados de convocar a los delegados sindicales a las reuniones a las que deban asistir, de conformidad con la reglamentación interna que resulte pertinente, admitiendo después su presencia y actuaciones con la finalidad última de que su derecho de asistencia, que no deja de ser un derecho de participación, pueda desarrollarse adecuadamente.¹¹⁴ De todos modos, el derecho de presencia se extiende a todas las reuniones de los órganos mencionados y a sus comisiones que, reglamentadas internamente, puedan preparar o desarrollar el ejercicio de sus competencias, pero no se confunde con las reuniones de los órganos de representación con terceros, es decir, con la misma administración pública, salvo que en ellas se traten temas en materia de seguridad y salud, como tampoco se comunican a otros órganos de representación colectiva como puedan ser las diferentes mesas de negociación y comisiones de seguimiento de los pactos y acuerdos.¹¹⁵

Finalmente, el artículo 10.3 LOLS prevé que los delegados sindicales tengan derecho a ser oídos previamente a la adopción de medidas de carácter colectivo que afecten a los empleados públicos en general y a los afiliados a su sindicato en particular, y especialmente en los despidos y sanciones de estos últimos. El precepto establece un derecho de consulta que, con carácter general, se remite al proceso de adopción de medidas de alcance colectivo, medidas que en el esque-

112. Un ejemplo claro y evidente de contraposición de intereses entre miembros de la junta de personal y delegados sindicales puede verse en la SAP de Granada, de 16 de enero de 2009, JUR/2010/6367.

113. Como sostiene Luján Álvarez, José, *La acción sindical en la empresa...*, op. cit., p. 213.

114. Agut García, Carmen, *El delegado sindical...*, op. cit., p. 80.

115. Sobre esta cuestión, véase la STSJ de Andalucía, de 16 de abril de 1999, As/1999/5957. En cualquier caso, parece que la falta de presencia de los delegados sindicales en estos órganos no podría motivar la ineficacia de los acuerdos, porque su presencia es no decisoria y en ningún caso puede modificar el sentido de los acuerdos adoptados en las mesas o en las comisiones citadas, como se dice en la STSJ de Castilla y León de 16 de marzo de 1992, As/1992/1449.

ma del Estatuto de los Trabajadores se refieren principalmente a las previsiones del artículo 64.1.5 ET –reestructuración de plantillas y ceses, reducciones de jornada, traslado total o parcial de instalaciones, procesos de fusión, absorción o modificaciones del estatuto jurídico de la empresa que puedan afectar a su volumen de empleo, planes de formación profesional, implantación y revisión de sistemas de organización y control de trabajo, estudios de tiempo, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo–; del artículo 40 ET –movilidad geográfica–; del artículo 41.1 ET –modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–; del artículo 47.1 ET –suspensiones de contrato o reducciones de jornada–, y del artículo 51.2 ET –despidos colectivos. El motivo de esta asimilación parece encontrarse en el establecimiento de las pertinentes competencias de consulta en favor de los «representantes legales de los trabajadores», noción que se entiende referida a los representantes unitarios y también a los delegados sindicales de la LOLS, o, incluso, a las mismas secciones sindicales. En esta línea se ha destacado que existen numerosos preceptos de la legislación laboral que remiten a un pacto entre la empresa y los representantes de los trabajadores para determinar ciertos aspectos de la relación laboral: clasificación profesional (art. 22.1 ET), ascensos (art. 24.1 ET), modelo de recibo de salarios (art. 29.1 ET), determinación del mes en que se abonará la segunda paga extraordinaria (art. 31 ET), distribución irregular de la jornada y de los tiempos de trabajo diario (arts. 34.2 y 3), determinación del cuadro anual de vacaciones (art. 38.2 ET), promoción de elecciones parciales (art. 67.1 ET), medidas todas ellas de carácter colectivo que afectan a los empleados en general.¹¹⁶ Sin embargo, esta lógica resulta de difícil trasposición al campo del Estatuto de los funcionarios públicos, que no utiliza la dicción «representantes legales de los funcionarios» ni prevé otros pactos y acuerdos que los obtenidos a través de las correspondientes mesas de negociación.¹¹⁷ Añadamos que cuando el artículo 31 EBEP da un concepto de «representación», lo entiende como la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los que instrumentar la interlocución entre las administraciones públicas y sus empleados, mientras que el artículo 33 EBEP remite la negociación de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos al ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales en los artículos 6.3.c; 7.1 y 7.2 LOLS, y son estas organizaciones sindicales, por medio de las mesas pertinentes, las que tienen que negociar materias como el calendario laboral, horarios, jornada, vacaciones, permisos y movilidad funcional y geográfica, que en el sistema del Estatuto de los trabajadores están confiadas a la obtención de acuerdos

116. Sigo en estas líneas, con algunas correcciones, el planteamiento realizado en Agut García, *El delegado sindical...*, op. cit., p. 81-84.

117. El término «representantes legales de los funcionarios» se utiliza en el artículo 41 EBEP, cuando se dice que: «Los miembros de las juntas de personal y los delegados de personal, en su caso, como representantes legales de los funcionarios, dispondrán en el ejercicio de su función representativa» de una serie de derechos y garantías.

entre el empresario y la representación de los trabajadores; alternativamente, otro tipo de medidas colectivas, como serían los ajustes sobre disponibilidades y necesidades de personal, las previsiones sobre sistemas de organización del trabajo y las modificaciones de estructuras de puestos de trabajo, las medidas de movilidad, las medidas de promoción interna de personal y de formación de personal y de movilidad forzosa, deben ser objeto de integración en un plan de ordenación de recursos humanos previsto en el artículo 69 EBEP, plan que en sus criterios generales debe ser objeto de negociación en la mesa pertinente. Cuesta, pues, ver un espacio de intersección de la consulta sindical en unas medidas colectivas, que en su mayor parte deben ser objeto de negociación. Tal opción es sin duda posible, pero a mi entender produce una pérdida del significado del derecho de audiencia de los delegados sindicales que en el esquema del Estatuto de los trabajadores se proyecta sobre tres tipos de medidas: a) decisiones de carácter organizativo del empresario –recibo de salario, determinación del mes de abono de la segunda paga extraordinaria, determinación del cuadro anual de vacaciones–; b) modificaciones colectivas de las condiciones de trabajo, y c) suspensiones del contrato de trabajo, reducciones de jornada o despidos colectivos.¹¹⁸ Lógicamente, en este esquema, el derecho de consulta de los delegados sindicales es un derecho autónomo que adopta una dinámica propia de difícil traslado al ámbito de unas administraciones públicas determinadas por el principio de legalidad y por la necesidad de un comportamiento objetivo –también en el ámbito de sus potestades de organización y dirección de las relaciones de empleo– y en cuyo seno los cambios sustanciales y colectivos de las condiciones de trabajo se sujetan a las leyes, a los reglamentos y a los instrumentos de planificación de la administración.

Algo muy distinto sucede si nos fijamos en este mismo derecho de audiencia proyectado sobre las decisiones administrativas referidas a sanciones relacionadas con los afiliados a los sindicatos. Sobre esto, el artículo 10.3.3 LOLS prevé el derecho de los delegados sindicales a ser oídos con carácter previo al despido y a la imposición de sanciones. El fundamento de dicha facultad debe encontrarse en la necesidad de una protección reforzada de los afiliados al sindicato a través del control que el delegado puede ejercer sobre la decisión disciplinaria, control que en todo caso debe considerarse relativo, puesto que se limita a una facultad de audiencia previa a la imposición de una sanción sobre personas de las que se conoce y de las que consta su condición de afiliados a un sindicato. Debe destacarse que el derecho se asigna a los delegados sindicales del artículo 10 LOLS que no formen parte del comité de empresa, con lo que una interpretación literal del precepto nos llevaría a entender que los delegados sindicales miembros de la junta de personal tienen limitada esta facultad a la simple información de las sanciones im-

118. He obtenido esta clasificación de Álvarez de la Rosa, Manuel, *La organización del sindicato en los lugares de trabajo*, Madrid, Civitas, 1991, p. 163-164.

puestas a sus afiliados en función de la previsión del artículo 40.1.c EBEP, mientras que a los delegados sindicales externos a los órganos de representación unitaria se les concede una garantía más fuerte de audiencia previa sobre los proyectos de todo tipo de sanciones –muy grave, grave o leve– que puedan proponerse a sus afiliados.¹¹⁹

Dejando al margen esta cuestión, nos interesa el paralelismo evidente o, si se quiere, la duplicidad manifiesta que a efectos de los derechos de consulta e información se consigue entre las representaciones unitaria y sindical que se institucionaliza por la LOLS en nuestras administraciones públicas, equivalencia que se obtiene a través de las siguientes consideraciones:

a) El reconocimiento, otorgado por el artículo 10.3 LOLS, a los delegados sindicales, en caso de que no formen parte del comité de empresa, de iguales «derechos» y garantías que los establecidos legalmente para los miembros de los órganos de representación que se instituyan en las administraciones públicas como representaciones electivas de los funcionarios. De esta manera, mediante la extensión jurisprudencial de esta equiparación al sistema de derechos de los representantes unitarios, se reconoce a los delegados sindicales la facultad de acceder a la misma documentación e información que se ponga al alcance de los órganos de representación y, lo que es más importante, el mismo derecho a conocer y a recibir información sobre las cuestiones y materias configuradas como ámbitos de competencia de las juntas de personal.¹²⁰ A partir de aquí se produce un salto cualitativo en la comprensión del artículo 10.3 LOLS, puesto que dicho precepto no

119. Como se afirma en Agut García, Carmen, *El delegado sindical...*, op. cit., p. 86. De todos modos, en los pocos referentes judiciales sobre este trámite de audiencia en el sistema disciplinario de los funcionarios se realiza una afirmación sorprendente y es que el artículo 10.3 LOLS establece un principio general que debe ser concretado por la legislación del Estatuto de los funcionarios públicos, en la cual se reduce el trámite de información a los miembros de las juntas de personal y a los delegados de personal, tal como se establece en el artículo 41.1.c EBEP; en esta dirección van las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 30 de enero de 2001, JUR/2001/115910, y de 5 de mayo de 2004, JUR/2004/172866, y la de Galicia de 13 de febrero de 2002, JUR/2002/135669, planteamiento que halla un fundamento indirecto en los reglamentos disciplinarios, como se menciona en los citados pronunciamientos judiciales. A este respecto, puede observarse que el Real decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el reglamento del régimen disciplinario de los funcionarios de la administración del Estado, señala explícitamente en su disposición adicional primera que cuando se incoe un expediente disciplinario a un funcionario que tenga la condición de delegado sindical, delegado de personal o cargo electivo a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas, deberá notificarse dicha incoación a la correspondiente sección sindical, junta de personal o central sindical, según corresponda, a fin de que puedan ser oídos durante la tramitación del procedimiento. En la misma dirección, el Decreto 243/1995, de 17 de junio, por el cual se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de la función pública de la administración de la Generalitat de Cataluña, prevé en su disposición adicional que, si se incoa un expediente disciplinario a un funcionario que forme parte de los órganos de representación de personal y que tenga la condición de delegado sindical, delegado de personal o cargo electivo en el ámbito provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas, debe notificarse dicha incoación a la correspondiente sección sindical, junta de personal o central sindical, según el caso, a fin de que puedan ser escuchados durante la tramitación del procedimiento. Aun así, el reglamento autonómico prevé en el artículo 56 una obligación general de comunicación a los órganos de representación del personal consistente en una dación de cuenta de la incoación y el resultado de los expedientes disciplinarios a los órganos de representación del personal; estas mismas cargas de información y audiencia se contienen en el Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento del personal al servicio de las entidades locales en su artículo 279, donde se señala que, si se incoa un expediente disciplinario a un funcionario que tiene la condición de delegado sindical, delegado o representante de personal o cargo electivo, a nivel provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales representativas, debe notificarse dicha incoación a la correspondiente sección sindical, junta de personal o central sindical, según el caso, a fin de que puedan comparecer y ser escuchadas durante la tramitación del procedimiento, y en su artículo 309, donde se dice que se debe dar cuenta de la incoación y del resultado de los expedientes disciplinarios a los órganos de representación de personal.

120. El fundamento de esta posición se encuentra en la doctrina elaborada en las SSTC 142/1993, de 22 de abril, y 213/2002, de 11 de noviembre.

solo confiere a los delegados sindicales LOLS las mismas garantías que las establecidas para los miembros de los órganos de representación unitaria, sino los mismos derechos que tienen estos órganos de representación y, en esencia, un derecho a obtener y recibir información sobre las materias previstas en el artículo 40.1 EBEP, información que resulta inexcusable y necesaria para que la organización sindical pueda realizar las funciones que le son propias.¹²¹ En definitiva, el planteamiento es sencillo: el artículo 40 EBEP otorga funciones o derechos a las juntas de personal que el artículo 10.3 LOLS traslada a los delegados sindicales, que tienen los mismos derechos que los órganos de representación y que se describen en el precepto citado del EBEP como una materialización del derecho de libertad sindical.¹²²

b) Esta equiparación se extiende de acuerdo con los mismos argumentos a las competencias de vigilancia del cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo que prevé el artículo 40.1 EBEP, con lo que el derecho de información de los delegados sindicales guarda una relación directa con las facultades de vigilancia y control que se reconocen también a los representantes sindicales y que resultan de una información necesaria e inexcusable para el ejercicio de las funciones propias del sindicato y, muy especialmente, de las comprendidas en el apartado e del artículo 40.1 EBEP.¹²³

c) El reconocimiento de los derechos de información del delegado sindical mantiene a menudo una lógica de conexión con el ejercicio de las competencias funcionales atribuidas a las organizaciones sindicales representativas para la negociación colectiva; esto supone que, junto a la lista de materias y contenidos sobre los que las administraciones públicas tienen que informar a los representantes unitarios y los delegados sindicales de los funcionarios, aparecen otras obligaciones de información, precisamente aquellas que resulten idóneas para hacer efectivas las competencias que la legislación del Estatuto de los funcionarios públicos expresamente atribuye a las organizaciones sindicales representativas para controlar si se respetan sus facultades de negociación colectiva y para disponer de la información necesaria para negociar con conocimiento de causa.¹²⁴

121. STC 188/1995, de 18 de diciembre.

122. La STS de 18 de noviembre de 2008, RJ/2008/5971, las SSTSJ de Cantabria de 30 de noviembre de 2007, As/2008/634, y de 6 de julio de 2011, JUR/2011/357444, de Madrid de 9 de julio de 2009, RJCA/2009/633, de 30 de diciembre de 2010, JUR/2011/105731, de 3 de marzo de 2011, JUR/2011/283223, de 21 de marzo de 2011, JUR/2011/283093, y de 11 de mayo de 2011, RJCA/2011/701, de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2009, JUR/2009/331345, y de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2010, JUR/2010/228418.

123. Como se afirma en las SSTSJ de Madrid de 16 de febrero de 2005, JUR/2005/93959, de 4 de noviembre de 2011, As/2011/2581, y de Andalucía, Sevilla, de 28 de mayo de 2004, As/2005/163.

124. En esta dirección va el estructurado planteamiento de la STSJ de Cantabria de 30 de noviembre de 2007, As/2008/634, y la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de octubre de 2008, JUR/2008/351728. La obligación de facilitar información en el proceso de negociación como corolario del deber de negociar de buena fe tiene ahora una expresa manifestación en el artículo 33.1 EBEP, que sujeta la negociación colectiva de los funcionarios públicos al principio de «buena fe negocial» y en el artículo 34.7 EBEP, que

d) No falta una línea jurisprudencial que combina la función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores y los principios de transparencia y buena administración para deducir un derecho a obtener información del sindicato en materia de política de personal, entendida como la acción o la actividad administrativa de gobierno en materia de personal. Aquí tienen un papel fundamental el artículo 3.5 LRJAP, que prevé que, en sus relaciones con los ciudadanos, las administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación, y el artículo 35 LRJAP, que reconoce a los ciudadanos el derecho a obtener información, derecho que se hace extensivo al sindicato en toda materia que pueda entrar bajo el título de «política de personal».¹²⁵

A la vista de lo expuesto, parece imponerse una conclusión: en la función más propia y característica de los órganos unitarios de representación de los funcionarios centrada en los derechos de información y consulta, los delegados sindicales y, en consecuencia, los mismos sindicatos ocupan un espacio propio y lo ocupan con ventaja.

Así, partiendo de una situación de paralelismo funcional entre las competencias de información de los órganos unitarios y de las representaciones sindicales, las diferencias existentes entre ambos derechos son notables:

a) El derecho de información de los delegados sindicales es un derecho individualizado, que además se puede reclamar personalmente, mientras que los derechos informativos de los representantes unitarios se predicen del órgano de representación, único legitimado para reclamarlo de forma institucional y colectiva.

b) El derecho de información de los delegados sindicales forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical que se configura constitucionalmente como «fundamental», por lo que lesionarlo o desconsiderarlo lleva aparejadas todas las consecuencias jurídicas y garantías propias de esta categoría jurídica previstas en el artículo 53 CE, es decir, la tutela del derecho de libertad sindical ante la jurisdicción competente a través del proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona sobre la base de un procedimiento determinado por los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

c) Las funciones y competencias reconocidas a las organizaciones sindicales tienen un carácter abierto y susceptible de ampliación, de conformidad con las funciones de promoción y defensa de los intereses económicos y sociales de los

expresamente dice: «Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación». Sobre los derechos de información en una negociación de buena fe, me remito al trabajo de Cabeza Pereiro, Jaime, *La buena fe en la negociación colectiva*, Santiago de Compostela, Escola Galega de Administración Pública, 1995, p. 241-273.

125. El razonamiento más elaborado y más reciente de esta posición puede verse en la STSJ de 9 de noviembre de 2009, RJCA/2010/336.

trabajadores que el artículo 7.2 CE les reconoce, lo que significa que su interpretación debe hacerse de forma expansiva y no limitada por la estricta dicción de los preceptos legales; y es más, nuestro Tribunal Constitucional ha defendido la tesis de que la interpretación y aplicación de las normas que puedan afectar a los derechos fundamentales debe guiarse por el denominado principio de interpretación en el sentido favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, algo que no es más que una consecuencia del especial relieve y posición que en nuestro sistema constitucional tienen los derechos fundamentales y las libertades públicas. En cambio, los órganos de representación forman parte del Estatuto de los funcionarios públicos y sirven a su derecho de participación en la determinación de sus condiciones de trabajo; son, pues, una creación de la Ley del estatuto funcional y únicamente poseen las competencias que esta les atribuye expresamente.

d) Finalmente, es conveniente advertir que el derecho de información de los sindicatos se puede transformar ventajosamente en un derecho de audiencia previa, en un derecho a «ser oídos» antes de la adopción de medidas de carácter colectivo, medidas que aparecen como un concepto jurídico indeterminado en el sistema del Estatuto de los funcionarios públicos, pero con potencialidad suficiente para justificar la intervención del sindicato en todas las decisiones de la administración pública que afecten a un número significativo de funcionarios en sus condiciones de trabajo.

Nos hallamos, pues, en una situación contradictoria: los organismos unitarios tienen como función institucional básica instrumentar la interlocución entre las administraciones y sus empleados públicos, pero en los derechos de información y consulta que actúan de epicentro de este derecho de participación se da una notoria prevalencia a las actuaciones de naturaleza sindical producidas por los delegados de la LOLS que pueden invadir con ventaja el terreno teóricamente propio de la representación unitaria de personal. Lógicamente, esta conclusión debe tener una rápida corrección si se tiene en cuenta que el supuesto planteado solamente se producirá en las grandes administraciones públicas que puedan tener plantillas de más de 250 efectivos funcionariales, con lo que la hegemonía sindical en el sistema de relaciones colectivas de las administraciones públicas parece tomar una perspectiva dimensional.

3. Los derechos de información y consulta en el Estatuto de los trabajadores y en el Estatuto de los empleados públicos: una perspectiva evolutiva

Hemos dicho ya que la función institucional de los órganos de representación consiste en servir de instrumento de interlocución entre las administraciones públicas y sus empleados con la finalidad de reforzar el diálogo y fomentar relaciones de confianza y colaboración en la organización y determinación de las condiciones de trabajo. En esta línea, se hacen imprescindibles los derechos de información y consulta que se configuran como condiciones previas para garantizar unas políticas de gestión de recursos humanos adecuadas en un sector público afectado de pleno por la necesidad de adaptación a las nuevas condiciones presupuestarias inducidas por la crisis económica.

Con todo, lo cierto es que el sistema de derechos de información y consulta de los representantes de los funcionarios sufre un déficit de adaptación a los marcos jurídicos existentes en el contexto europeo y en el sistema del Estatuto de los trabajadores.¹²⁶ En esta dirección, debe recordarse que la transposición de la Directiva 2001/23/CE, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad, se llevó a cabo por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, con una importante modificación de los artículos 42 y 44 ET, mientras que la Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la cual se establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, se transpuso al Estado español mediante la Ley 38/2007, de 16 de no-

126. Situación que no resulta exclusiva de nuestro país; precisamente uno de los problemas detectados en la transposición de la Directiva 2002/14/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea, reside en la falta de garantía a los representantes de los trabajadores de la administración pública y de las empresas del sector público de los mismos derechos de información y consulta otorgados al resto de trabajadores, como puede verse en el Informe de 27 de enero de 2009, del Parlamento Europeo, sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE.

viembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del estatuto de los trabajadores, aprobado por el Real decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en materia de información y consulta de los trabajadores y en materia de protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. Sobre este ámbito ha incidido también en algún aspecto conceptual la transposición de la Directiva 2009/38/2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, dada por la Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y los grupos de empresas de dimensión comunitaria, norma que forzosamente debe tener un impacto muy reducido sobre los procedimientos de información y consulta propios de los empleados de las administraciones públicas, puesto que su ámbito de regulación se proyecta sobre las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, como lo hacen las directivas sobre sociedad anónima europea.

A pesar de ello, es evidente que las normas citadas alteran sustancialmente los procedimientos de información y consulta a los representantes de los trabajadores entendidos como instrumentos de implicación en la gestión de personal en la empresa y, algo más importante, como canales de intervención en las decisiones sustanciales de las empresas que afectan a los trabajadores a su servicio. Desde esta perspectiva, parece difícil afirmar, como podía hacerse en la etapa inicial del sistema de representación pública, la existencia de una cierta similitud entre las funciones señaladas a las juntas de personal por el artículo 40 EBEP y las establecidas para los comités de empresa en el artículo 64 ET.¹²⁷

El marco general relativo a información y consulta de los trabajadores y el de los funcionarios públicos presenta hoy unas diferencias notables articuladas en torno a principios, conceptos y condicionamientos de la información y consulta.

En el apartado de los principios debe ser objeto de especial consideración el principio de cooperación que contiene el artículo 1.3 de la Directiva 2002/14/CE, transpuesto ahora al artículo 64.1 ET, en que expresamente se prevé que en la definición y aplicación de las modalidades de información y de consulta, el empresario y los representantes de los trabajadores –comité de empresa– actuarán con espíritu de cooperación, en cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo cuenta tanto los intereses de la empresa como los de los trabajadores. Se ha dicho que esta referencia vincula única y exclusivamente los derechos de información y consulta y que, por ello, tal imperativo está lejos de constituir un deber general de cooperación que obligaría a los representantes de los trabajado-

127. Del Rey Guanter, Salvador, en *Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1988, p. 86, habla de una «cierta similitud».

res a proceder en todas sus actuaciones de una forma determinada orientándose hacia la colaboración y rehuyendo la confrontación, esforzándose por defender y promover los intereses de los trabajadores, pero también los de la empresa.¹²⁸ Sin embargo, debemos tener presente que los considerandos de la directiva explicitan taxativamente que la norma comunitaria pretende reforzar el diálogo social y las relaciones de confianza a fin de facilitar el cambio y la adaptación de las empresas a las nuevas condiciones inducidas por la globalización de la economía, finalidad que debe hacerse compatible con la salvaguarda del objetivo prioritario de garantizar el empleo. Este es, pues, el ámbito objetivo del deber de cooperación: el éxito de los procesos de reestructuración necesarios y el mantenimiento de las posibilidades de empleo.

De hecho, la introducción del deber de cooperación en nuestro sistema de relaciones colectivas se puede considerar una novedad. En las referencias anteriores, el artículo 64.11 ET reconocía al comité de empresa competencias de cooperación tales como colaborar en el establecimiento de medidas para el mantenimiento e incremento de la productividad, función que en su día se trasladó al artículo 9.9 LORAP –ahora artículo 40.1.f EBEP–, que preveía como función de las juntas y los delegados de personal colaborar con la administración correspondiente para conseguir el establecimiento de todas las medidas que procuren el mantenimiento de la productividad. Pero más allá de este deber, es difícil encontrar un concepto funcional de los órganos de representación en los ámbitos públicos que los pueda alejar, y a la vez singularizar, por referencia al perfil conflictual del sindicato. Seguramente es así porque en nuestra legislación de función pública no hay ningún proyecto institucional para la representación electiva de los funcionarios públicos, o porque la legislación actual no sabe extraer ninguna consecuencia concreta de un tipo de representación que primariamente ha de servir para canalizar la interlocución entre los funcionarios y la administración pública.

En todo caso, de la misma Directiva 2002/14/CE podemos extraer otro principio inspirador con proyección sobre los derechos de información y consulta que a mi criterio debe ser incorporado como un elemento clave para el buen funcionamiento del sistema de relaciones colectivas en el sector público. Me refiero al criterio de «anticipación», «prevención» o «utilidad» que debe ayudar a la intensificación del diálogo social con el fin de facilitar los procesos de cambio y reducir los efectos negativos y sus consecuencias.¹²⁹ Este factor se proyecta sobre la misma eficiencia de los derechos de información y consulta procurando su utilidad, su

128. En esta dirección, Pérez Anaya, Rosa María, *La coexistencia de los canales de representación...*, op. cit., p. 138.

129. La anticipación en el tiempo para poder disponer de las medidas adecuadas que eviten los posibles efectos negativos sobre los trabajadores y la propia empresa se considera un elemento esencial en la formulación de las políticas comunitarias en este campo, como sostiene Fernández Docampo, Belén, en *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 114.

«efecto útil», y evitando un tratamiento formal del modelo que lo vacíe de contenido y resulte contrario a las exigencias del principio de cooperación en la prestación de información.¹³⁰

En materia de conceptos, la aportación de la Directiva comunitaria debe encontrarse en una definición previa de las nociones de información y consulta. Como prevé el artículo 2 de la Directiva 2002/14/CE, «información» es la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores con la finalidad de que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo, mientras que «consulta» es el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario. Precisamente estos conceptos se trasladan ahora al artículo 64.1 ET, donde se dice que se entiende por información la transmisión de datos por el empresario al comité de empresa, a fin de que este tenga conocimiento de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, mientras que el mismo precepto advierte que por consulta se entiende el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el comité de empresa sobre una cuestión determinada, incluyendo, si procede, la emisión de informe previo por parte del mismo.

El legislador del Estatuto de los trabajadores procede así a recoger en términos generales las definiciones de información y consulta aportadas por la directiva europea, pero hace algo más: consigue el efecto que estas pretenden obtener atribuyendo una funcionalidad clara al derecho de información y consulta y eludiendo en consecuencia cualquier posible consideración de este derecho como un derecho de naturaleza pasiva desconectado de la función representativa.¹³¹ Precisamente es este el defecto último de la sistemática de los derechos de información y consulta de los órganos unitarios de representación de los funcionarios públicos que se ha plasmado en el artículo 40.1 EBEP, sistema que hace dudar incluso de si alguna de las modalidades de consulta llega a suponer cargas procedimentales concretas, como es el caso del párrafo *b* del precepto citado, que parece plantear una consulta potestativa consistente en la emisión de un informe, a solicitud de la administración pública correspondiente, y sobre todo si existe un significado propio en la definición de los ámbitos materiales sobre los que se deben proyectar los derechos de información y consulta. Todo ello acaba sugiriendo un esquema funcional falto de referentes sustanciales como los que implican la voluntad de constituir unas relaciones colectivas de carácter integrador que vayan más allá del cumpli-

130. Sobre la consideración «cualitativa» de las modalidades prácticas de los derechos de consulta en el ámbito europeo, me remito a Rojo Torrecilla, Eduardo, «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta», *Temas Laborales*, 59, 2001, p. 42-49; también a Ortiz Lallana, Carmen, «La participación de los trabajadores en el plano internacional y comunitario», en *Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 233-236.

131. Como sostiene Garrido Pérez, Eva, en «Los cambios sistemáticos, materiales y funcionales en los derechos de información y consulta de los representantes unitarios del personal (nuevos arts. 64 y 65 del ET)», *Temas Laborales*, 95, 2008, p. 14.

miento de unas obligaciones formales, que, carentes de sentido, no son más que cargas que deben cumplirse de manera mecánica o deben sortearse con la mínima pérdida de tiempo posible.¹³²

Si pasamos ahora a referirnos a la delimitación material de los derechos de información y consulta, veremos que la directiva comunitaria se proyecta sobre los campos siguientes: *a)* la evolución reciente y probable de las actividades de la empresa y su situación económica; *b)* la situación, estructura y evolución probable del empleo en la empresa, así como las posibles medidas preventivas previstas especialmente en caso de riesgo para el empleo; *c)* las decisiones que pudiesen provocar cambios sustanciales en la organización del trabajo y en los contratos de trabajo.¹³³

En la sistemática del Estatuto de los trabajadores, la legislación vigente (artículo 64.2 ET), aplica un criterio de temporalidad para distinguir entre las materias sobre las que se debe informar trimestralmente, las materias sobre las que se debe suministrar información anualmente y las que han de ser objeto de información con la periodicidad que pueda ser procedente en cada caso. Las materias que han de ser objeto de una comunicación trimestral hacen referencia fundamentalmente a información empresarial de naturaleza económica –evolución general del sector económico al que pertenezca la empresa, situación económica de la empresa y evolución reciente y probable de sus actividades–; al empleo –previsión de celebración de nuevos contratos, con indicación de su número y de las modalidades y tipos que serán utilizados, con inclusión de los contratos a tiempo parcial, la realización de horas complementarias y los supuestos de subcontratación–, y a la salud laboral –estadísticas sobre el índice de absentismo y sus causas, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, índices de siniestralidad, estudios periódicos o especiales de medio ambiente laboral y mecanismos de prevención que se utilicen. La materia que debe ser objeto de información anual se refiere fundamentalmente a la aplicación del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, información que debe incluir datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hayan adoptado para el fomento de la igualdad y la derivada de los planes de igualdad que se hubiesen podido implantar. Finalmente, la información de periodicidad indeterminada se refiere a los denominados documentos mercantiles –balance, cuenta de resultados, memoria y cuantos documentos

132. Al respecto, las advertencias de Álvarez del Cuvillo, Antonio, «La influencia de la Directiva 2002/14/CE sobre el ordenamiento interno español», en *Gobierno de la empresa y participación de trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, p. 293-309.

133. De este modo, las materias objeto de información y consulta en el derecho comunitario abarcarían la gestión económica empresarial, la gestión del empleo por el empresario y la gestión y organización del trabajo y del contrato de trabajo en la empresa, advirtiéndose al respecto la falta de mención expresa en la descripción de materias de la «formación y calificación de los trabajadores», expresamente considerada en el preámbulo de la directiva, tal como se afirma en Fernández Docampo, Belén, *La participación de los trabajadores en el derecho social comunitario*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 130.

puedan llegar a generar las empresas societarias y que dan a conocer a sus socios–, a los modelos de contrato de trabajo y documentos utilizados relativos a la terminación de la relación laboral, y a las sanciones impuestas por faltas muy graves; debe destacarse el cierre de este apartado con la afirmación del derecho a recibir la copia básica de los contratos y la notificación de las prórrogas y de las denuncias correspondientes, concretando el plazo de diez días para hacer efectiva esta obligación desde que se produzca del hecho.

Los derechos de información y consulta establecidos en el artículo 64.5 ET se proyectan con carácter general sobre dos campos temáticos: *a)* la situación y estructura del empleo, su probable evolución con inclusión de los posibles cambios y variaciones, y la adopción de eventuales medidas preventivas, especialmente en caso de riesgo para el empleo; *b)* las decisiones que puedan provocar cambios relevantes respecto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo. Más allá de estos ámbitos genéricos de consulta e información, que se desprenden claramente de la directiva comunitaria, se menciona una serie de materias específicas sobre las que se proyecta un derecho de información y consulta más formalizado, que incorpora el derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución de las decisiones sobre las siguientes cuestiones: *a)* las reestructuraciones de plantilla y los ceses totales o parciales, definitivos o temporales; *b)* las reducciones de jornada; *c)* el traslado total o parcial de las instalaciones; *d)* los procesos de fusión, absorción o modificación del estatuto jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia que pueda afectar al volumen de empleo; *e)* los planes de formación profesional en la empresa; *f)* la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, los estudios de tiempo, el establecimiento de sistemas de primas e incentivos y la valoración de puestos de trabajo.

Es evidente, pues, que, desde una perspectiva global y unitaria, con voluntad de sistematizar el conjunto de facultades que articulan este nivel de interlocución, el ámbito temático de los derechos de información y consulta de los órganos de representación del personal en el sector privado abarca las siguientes áreas: *a)* actividades y situación económica de la empresa; *b)* situación, estructura y estabilidad del empleo y políticas de contratación; *c)* procesos de cambio y adaptación de la organización del trabajo y de los contratos de trabajo, y *d)* conservación de la empresa y modificaciones de la estructura jurídica empresarial.

Sobre este planteamiento ha tenido sin duda una proyección sustancial la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio de 1998, relativa a la aproximación de las legislaciones de los estados miembros referidas a los despidos colectivos, y la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de la empresa o centros de actividad. La primera, porque prevé expresamente la información, consulta y participación de los trabajadores en los procedimientos de

despidos colectivos, lo que tiene su reflejo en los artículos 47.1 y 2 ET y 51.2 ET, pero que explica sin duda las competencias de información y consulta de los comités de empresa sobre los procesos de reestructuración de plantillas y reducciones de jornada. La segunda, porque prevé expresamente un sistema de información y consulta de los empresarios implicados en un proceso de transmisión sobre este mismo proceso y las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso para los trabajadores, con inclusión de las medidas previstas, sistema que se ha incorporado al artículo 44 ET, sin perjuicio del derecho de consulta que reconoce el artículo 64.5.d ET al comité de empresa sobre los procesos de fusión, absorción o modificación del estatuto jurídico de la empresa que impliquen cualquier incidencia sobre su volumen de empleo, aspecto que resulta capital en esta cuestión.

Lógicamente, lo que subyace bajo este esquema de intervención es un modelo de implicación de los representantes de los trabajadores, que presta una especial atención al cambio y a la adaptación. Este enfoque promueve unos instrumentos encaminados a adaptarse a los cambios y a procurar darles respuesta asegurando la competitividad y viabilidad de las empresas y preservando el capital humano que pueda resultar afectado por un proceso de reestructuración. Precisamente, dicho enfoque se hace operativo en el citado conjunto de directivas comunitarias, que tienen como eje el gobierno y tratamiento de los procesos de reestructuración empresarial. El planteamiento es simple: uno de los factores más importantes para el éxito del proceso de adaptación consiste en garantizar la participación de los representantes de los trabajadores; la participación preventiva y adaptativa en la gestión ordinaria del personal y en la aparición de posibles cambios susceptibles de afectar al empleo o a las condiciones de trabajo. Todo ello presupone un proceso previo de información y consulta de los representantes y una extensión de sus funciones, con la correspondiente ampliación del objeto material y con el convencimiento de que estas modalidades de participación con incidencia sobre decisiones económicas, tecnológicas, jurídicas y organizativas resultan útiles para el abordaje de los cambios, para anticiparlos y gestionarlos.¹³⁴

En este sentido, el sistema de funciones de los delegados y las juntas de personal aparece como un sistema de baja calidad, poco moderno y, desde una perspectiva integrativa, claramente inferior a su homólogo laboral. Si se analiza con atención el modelo participativo de los órganos de representación de los funcionarios, vemos que presenta una sistemática discutible centrada en los siguientes campos: a) un derecho a recibir información sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable

134. Monereo Pérez, José Luis, «Ponencia: Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas», *Las relaciones laborales en la reestructuración y el saneamiento de empresas. XVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 31-164.

del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento; b) un derecho de consulta con emisión de informe a solicitud de la administración sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo; c) un derecho de consulta sobre el establecimiento de la jornada y el horario de trabajo, así como sobre el régimen de vacaciones y permisos. Nada más.

A simple vista el déficit de calidad del sistema público de representación de personal, a reserva de lo que después se dirá, se hace evidente en tres aspectos esenciales: la falta de sistematización, la ausencia de precisión conceptual y la transformación de determinadas competencias de consulta en funciones pasivas de recepción de información. Como podemos observar, en la exposición de los derechos de información y consulta de los órganos de representación de los funcionarios públicos se hace patente la ausencia de un criterio vertebrador en una ordenación que se produce por aluvión y que a menudo no encuentra otra lógica que los antecedentes inmediatos existentes en la legislación de órganos de representación. Podemos continuar refiriéndolos a la manifiesta vaguedad conceptual de algunos conceptos esenciales en la función de la institución: por ejemplo es evidente que la carga de información sobre la «política de personal» de la administración correspondiente es un concepto amplio, pero que en todo caso difícilmente incorpora una consideración sobre la cartera de servicios o actividades de la administración pública correspondiente y sobre su estado de suficiencia o equilibrio financiero; de modo parecido, el término «evolución probable del empleo» no es del todo asimilable al concepto «estructura y evolución probable del empleo»; y, sobre todo, en esta formulación se ha perdido el contenido anticipativo que exige tener cuidado de las eventuales medidas preventivas que pueden formularse especialmente en caso de riesgo para el empleo, factor de anticipación que se considera condición previa para el éxito de los procesos de adaptación a las nuevas condiciones inducidas desde el exterior de la organización. Siguiendo en la misma dirección, se puede mencionar el diferencial temático que supone la consulta sobre la implantación o revisión de los sistemas de organización y métodos de trabajo de la administración pública correspondiente, y la consulta sobre los cambios sustanciales en la organización del trabajo y los contratos de trabajo. En pocas palabras, en el primer caso nos referimos a cuestiones relativas a la ordenación interna y la medición del trabajo, mientras que en el segundo nos situamos en una perspectiva de reestructuración interna y externa que puede significar modificaciones en los sistemas de organización del proceso productivo y en las modificaciones sustanciales de las condiciones establecidas en el contrato de trabajo. La pérdida de intensidad de las competencias participativas en el sistema del Estatuto de los funcionarios públicos se hace patente en la conceptualización de algunas materias como objeto de información; esto sucede en materia de empleo, que no se configura en absoluto y en caso alguno como objeto de consulta, lo que plantea

un supuesto paradigmático de falta de integración de la representación de los empleados públicos en un ámbito nuclear de tutela de los intereses de los funcionarios públicos; lo mismo se puede decir de las menguadas competencias en materia de organización, porque su habilitación a efectos de consulta parece depender de la solicitud, es decir, de la voluntad de la misma administración pública.

A pesar de todo, lo más preocupante del esquema de funciones que prevé el artículo 40 EBEP para los órganos de representación de la administración pública es su visión de la propia administración de referencia, una visión fundamentada en la idea de una administración pública en singular, única, casi monolítica, con tendencia a la estabilidad y la permanencia, no afectada por procesos de diversificación y segmentación basados en la técnica de las personificaciones instrumentales ni por el reparto de tareas y responsabilidades entre los sujetos públicos y los privados que produce fenómenos diversos de descentralización y fragmentación de actividades en un intenso proceso de diferenciación vertical y horizontal que tiene un indudable reflejo sobre la política de gestión de personal.¹³⁵

La naturaleza última de estos procesos puede resultar diferente. En un primer estadio podríamos situar las operaciones de gestión por organismos diferenciados a través de la técnica de personificación que producen un impacto moderado sobre el régimen jurídico del personal con la adscripción de los efectivos a un nuevo centro directivo con competencias en materia de recursos humanos, impacto que se puede considerar sustancial en algunos fenómenos atípicos que derivan en la constitución de una función pública diferenciada de legalidad bastante discutible.¹³⁶ En un segundo estadio deben situarse aquellas operaciones de fragmentación de estructuras, que son a la vez operaciones de diversificación del régimen jurídico del personal, lo que presupone las correspondientes operaciones de sustitución del régimen jurídico funcional por el régimen jurídico laboral o de este último por el primero. Estas operaciones se pueden situar en un marco más amplio de modificación o integración de competencias, y ello presupone la correspondiente operación de transferencia de medios de personal hacia otra administración con otro régimen jurídico de personal, o bien el nacimiento de personalidades mixtas de naturaleza consorcial en las que conviven regímenes diversos de gestión de recursos humanos en función de sus particularidades estatutarias.¹³⁷ En otro orden de consideraciones hay que situar las modificaciones en los sistemas de organización del proceso de producción de servicios. Aquí resulta capital el recurso a la contra-

135. En este punto es obligado referirse a la tesis de una administración fractal que sufre un síndrome de pluralización hacia el interior y hacia el exterior, como afirma Parejo, Alfonso, *Organización y poder de organización. Las polestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Madrid, IUSTEL, 2009, p. 37.

136. En esta dirección, Castillo Blanco, Federico, «Mitos y realidades del personal al servicio de los organismos autónomos locales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 141, 2009, p. 89-136.

137. Una aproximación a los problemas producidos por el régimen jurídico de los consorcios se puede encontrar en Ferreira Fernández, Javier, «Los consorcios del sector público autonómico. Naturaleza y características», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 310, 2009, p. 169-203.

tación externa de servicios con empresas, entidades del tercer sector o personas físicas en régimen de autonomía, que ya no se reserva a los grandes servicios públicos, sino que avanza hacia actividades como por ejemplo los servicios a las personas, la explotación de centros culturales o deportivos, el tratamiento de la información y de los servicios de información a los ciudadanos o las mismas unidades técnicas de la administración. Lógicamente, la externalización de funciones tiene un impacto considerable sobre la propia actividad, que es relevante para las estructuras organizativas y el espacio de empleo público.¹³⁸ En los últimos años se detecta además una tendencia a la externalización de la gestión utilizando la técnica de ayudas públicas; así resulta que se cede la gestión de determinada actividad o unidad pública a una entidad o federación de entidades del tercer sector, que asume el coste de un servicio que se subvenciona indirectamente.¹³⁹ Finalmente, se debe tener presente que la Ley 35/2010, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, ha suprimido las restricciones existentes para la integración de la actividad de las administraciones públicas con trabajo externo mediante la formalización de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal, con la única limitación de la realización de tareas que, por una norma con rango de ley, estén reservadas a funcionarios públicos, lo cual no significa que ciertas tareas no catalogadas, o las atribuidas por las relaciones de puestos de trabajo a funcionarios públicos fuera del ámbito de las funciones reservadas, no puedan ser realizadas por trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal para satisfacer siempre necesidades no permanentes, dado que el objeto de la reserva es más limitado y se refiere a las funciones reservadas por una norma con rango de ley.¹⁴⁰

En todo caso, debe tenerse presente que, en el momento actual, estos procesos de fragmentación, diversificación y externalización parecen no tener una única dirección. De hecho, las estructuras del sector público alternan ciclos periódicos de diferenciación e integración en los que resulta esencial garantizar la adaptación al cambio y posibilitar la transferencia de actividades con el mínimo coste posible con la intención de encontrar en cada momento un diseño organizativo que pueda conciliar la máxima adaptación operativa de cada servicio con las demandas de coherencia global propias de la acción de gobierno.¹⁴¹

138. Tal como se plantea en Cantero Martínez, Josefa, «La incidencia del fenómeno de la externalización en la administración General del Estado. ¿Existe algún límite?», *Documentación Administrativa*, 286-287, 2010, p. 299-300, la externalización resulta ser un proceso de transferencia de actividad realizada directamente en la administración pública a un sujeto privado con organización especializada mediante un proceso competitivo que se formaliza en un contrato público. Una visión de este proceso puede verse en Ollas de Lima Gete, Blanca, «La colaboración público-privada: La externalización de funciones y servicios»; este documento se puede descargar a partir de la página www.aecpa.es/congresos/10/ponencias/162/

139. La detección de este proceso en el ámbito local se hace patente en Garganté Petit, Sixte, *Subcontractació i precarietat. Les empreses de serveis integrals. L'externalització a les administracions públiques*, Barcelona, CERES, 2005, p. 39.

140. Sobre esta cuestión, véase Pérez de los Cobos Orihuel, Francisco, «La contratación de trabajadores a través de empresas de trabajo temporal en las Administraciones Públicas», *La Ley*, 7588, 2001, p. 1-5. (citado por *La Ley* 2643/2011).

141. Tal como se plantea en Echebarría, Koldo, «Los dilemas del diseño organizativo en la gestión pública», en Longo, Francisco; Tamyko Ysa, *Los escenarios de la gestión pública del siglo XXI*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2007, p. 89-92.

El diseño organizativo parece depender del contexto, sin soluciones únicas de validez universal. Pero hoy este contexto está presidido por la recesión económica, la crisis fiscal y la reducción del déficit público, circunstancias todas ellas que imponen unas estrategias de salida que requieren la reestructuración de las administraciones y el ajuste de las condiciones de trabajo del personal al servicio del sector público.¹⁴² A partir de aquí se imponen medidas directas de naturaleza económica tendentes a la contención de costes salariales y medidas de naturaleza técnica, productiva u organizativa, que inciden en la reestructuración de las entidades públicas con efectos directos o indirectos sobre los efectivos de personal y sobre las condiciones de trabajo o la utilización de los recursos humanos disponibles. Son medidas inéditas en el sector público para las que no hay un discurso económico y jurídico disponible, más allá de la simple urgencia del ajuste necesario e imprescindible. A menudo estas medidas se imponen legalmente por medio de la ley presupuestaria y de las correspondientes leyes de acompañamiento sobre la base de la reducción de gastos y la congelación de plantillas, sin considerar vías de reforma alternativa y, lo más importante, sin intentar explorar y obtener soluciones consensuadas para hacer frente al hecho económico y social de la reestructuración que supongan la implicación de los representantes del personal en la anticipación de los cambios y en la asunción de compromisos ante la decisión de reestructuración. En este espacio resultan idóneos los instrumentos de información y consulta para la integración de los empleados públicos en el mejor resultado posible de la reestructuración, tanto desde el punto de vista de la reforma de la gestión y de la búsqueda de una mayor eficacia en el funcionamiento de los aparatos burocráticos como de la cohesión y la legitimación que puede representar la moderación al máximo de los posibles efectos perniciosos sobre la conservación del empleo y el desgaste de las condiciones de trabajo.¹⁴³

Se ha dicho que el actual marco normativo del empleo público no contiene medidas efectivas para hacer frente a los procesos de reasignación de prioridades y reestructuración que el sector público necesita en nuestro momento histórico.¹⁴⁴ En todo caso, no deja de sorprendernos la falta de adecuación de las funciones de los órganos de representación al marco jurídico de la participación que intenta prevenir, anticipar y resolver los procesos de cambio y adaptación y, en su caso, las reestructuraciones y reordenaciones con efectos directos o indirectos sobre las plantillas y sobre la organización del trabajo público. En esta dirección, resulta pa-

142. A este respecto, Echebarría, Koldo, «Crisi fiscal i reforma del sector públic en el context de la gran recessió», *Nota d'Economia*, 99, 2011, p. 135-157.

143. Sobre la existencia de una vía social del proceso de reestructuración, me remito a Landa Zapirain, Juan Pablo, «Consideraciones en torno al nuevo enfoque europeo de la resolución socialmente inteligente de las reestructuraciones de empresas», *Relaciones Laborales*, 6, 2005, p. 4-5 (citado por La Ley 834/2005).

144. Jiménez Asensio, Rafael, «¿Qué hacer? El empleo público local ante la crisis: políticas de ajuste en un marco de reformas», en AA. VV., *El empleo público local ante la crisis*, Bilbao, Fundación Democracia y Gobierno Local; CEMCI, 2011, p. 19.

tente la falta de competencias de los órganos de representación en aspectos determinantes como pueden ser los procesos de creación o integración de entidades públicas, los de transferencia, delegación o asignación de funciones o servicios públicos, o los de externalización o contratación de servicios con incidencia sobre el empleo público, del mismo modo que resulta difícil entender que las reestructuraciones de plantilla, las reducciones de jornada o la modificación de alguno de los aspectos sustanciales de las condiciones de trabajo de los empleados públicos no sean objeto del pertinente proceso de información y consulta. Más allá de estos ámbitos, el papel institucional de los órganos de representación de los funcionarios públicos bordea la insustancialidad.

Y esto no es todo: un sector de nuestra doctrina judicial entiende que los cambios en la forma de gestión de los servicios públicos y, por lo tanto, en los procesos de diversificación y fragmentación de las estructuras administrativas con posible incidencia sobre los servicios públicos preexistentes, son, en esencia, decisiones derivadas de una potestad de organización en la prestación de servicios que se ejerce en el modo que se considera mejor o más conveniente a las finalidades de interés general que los órganos de gobierno correspondientes tienen encomendados, de manera que el paso de un sistema de gestión directa a un sistema de gestión indirecta, a través de la constitución de un organismo instrumental o de una empresa concesionaria, no afecta de un forma inmediata a las condiciones de trabajo de los funcionarios, entendiéndose que no les impone ninguna nueva obligación, no modifica sus derechos o altera sus condiciones de trabajo o su estatuto funcional.¹⁴⁵

Ante esta situación, y por la naturaleza misma de los criterios empleados, se puede entender que un cambio en la forma de gestión de un servicio público que significa el cese de personal interino y la amortización de las correspondientes plazas de funcionarios puede ser considerado inocuo por el correspondiente órgano de representación, porque ni las facultades ni las competencias de la junta de personal quedan afectadas; simplemente, los actos de creación o amortización de plazas en la plantilla municipal y su fijación o modificación no constituyen medidas administrativas que otorguen o restrinjan derechos, facultades ni beneficios sociales, jurídicos o económicos a los administrados, ni que puedan ser calificados de actos favorables o de gravamen, sino medidas propias de autoorganización administrativa que se sustraen a toda consideración como actos administrativos singulares o disposiciones generales.¹⁴⁶

Una derivada de esta posición en materia de externalización de servicios se da cuando se separa radicalmente el ámbito de la contratación administrativa del ámbito de personal, afirmando que los órganos de representación del personal no re-

145. A este respecto, puede verse la STS de 25 de marzo de 2002, RJ/2002/3632, y la STSJ de las Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 14 de abril de 2009, RJCA/2009/547.

146. Como se enuncia en la STSJ del País Vasco de 17 de mayo de 2010, JUR/2010/414017.

sultan competentes para conocer e informar en materia de contratación administrativa, aunque esta se refiera a la disposición de un servicio tan interno como pueda ser la asistencia de una unidad técnica para llevar a cabo las tareas de planificación, supervisión y control de proyectos y construcciones, que puede ser objeto de privatización por entender que no existe constancia de que se cedan potestades públicas que solamente corresponden a la administración pública.¹⁴⁷

Se razona en un sentido contrario cuando se entiende que en la tramitación de una disposición de carácter general que amplía el objeto social de una empresa pública con una serie de actividades que hasta entonces han sido desarrolladas por la administración matriz, lo que sin duda puede significar una disminución en la cantidad y la calidad del empleo público existente, resulta necesaria y conveniente una apertura del trámite de audiencia a las organizaciones representativas de los intereses colectivos de los empleados públicos. Así pues, se considera útil que los diferentes sindicatos y los representantes de los intereses del personal funcionario puedan, por lo menos, comparecer y emitir su opinión sobre la disposición, en consideración del conocimiento que poseen de la actividad de la administración pública que ahora se privatiza y de las posibles consecuencias en su desapoderamiento.¹⁴⁸

En la misma dirección, se admite que la contratación de un servicio externo puede tener una clara repercusión sobre los empleados públicos destinados a los servicios que deben ser externalizados, dado que sus cometidos pasan a ser desarrollados por personal de las empresas adjudicatarias de los servicios, lo que produce un remanente de funcionarios sobrantes que tendrán que ser adscritos a otros puestos de trabajo de la organización municipal, con lo que se entra sin duda en el concepto de reasignación de efectivos, que se considera una forma excepcional de provisión de puestos de trabajos, que ha de ser objeto de informe preceptivo de la junta de personal.¹⁴⁹

En cualquier caso, es cierto que la potestad de organización, entendida como potestad de creación de entidades, caracterización de su régimen jurídico, determinación de las actividades a desarrollar y provisión de medios personales, tiene

147. STSJ de Galicia de 30 de abril de 2003, JUR/2003/267609.

148. Se indica al respecto que la modificación de la norma estatutaria, y con ella la redefinición de las actividades que pueda desarrollar la empresa pública, aunque se considera una previsión programática no atributiva directa y materialmente de competencias, no es indiferente para el colectivo de funcionarios públicos porque representa una forma de organización de la administración para desarrollar actividades y servicios de interés general, de forma que en el trámite de audiencia se considera obligatoria la participación de las representaciones sindicales, tal como se afirma en la STS de 24 de noviembre de 2009, RJ/2010/1823, en la que la falta de participación de las representaciones de los funcionarios públicos se aborda desde la lógica estricta de la audiencia a las entidades representativas de intereses en la elaboración de disposiciones generales. Debe destacarse que esta misma sentencia rechaza la necesidad de negociación de la norma impugnada por entender que los cambios previstos no tienen una incidencia cierta e inmediata sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos; existe, por lo tanto, en este pronunciamiento una consideración de la representación del personal como valedora de los intereses de los funcionarios y en general del personal al servicio de la administración para una correcta organización de los servicios y de las actividades públicas que enmarque la protección de sus derechos.

149. En esta dirección van las interesantes reflexiones de la STSJ de Asturias de 30 de enero de 1998, RJCA/1998/271.

una indudable conexión con la función pública, más concretamente con las funciones de dirección de las personas incorporadas a la organización, y con la contratación de servicios, es decir, con la disposición de otras estructuras jurídicas o de personal cedido por las mismas, a las que se encarga la ejecución independiente de un servicio que en la práctica debe considerarse como una actividad propia de la misma entidad que ha descentralizado la realización del referido servicio con una organización distinta.

De aquí deriva una estrecha relación entre el derecho de la organización, el de la función o el empleo público y el de contratos del sector público, de la que difícilmente se puede apartar a la representación de personal, sobre todo si se tiene en cuenta que no se niega la capacidad de decisión de los órganos de gobierno de la administración correspondiente, sino que sencillamente se quiere afirmar la participación de los representantes de los funcionarios, mejor dicho, de los empleados públicos, en el proceso de adopción de decisiones organizativas. Y todo ello siempre desde una perspectiva constructiva, no especialmente intensa o, si se quiere, intervencionista, que reduce el contenido de las obligaciones impuestas a los órganos de dirección de la administración a cargas de información y consulta dotadas de sentido y utilidad perfectamente admisibles desde una perspectiva estricta de aplicación del principio de objetividad y eficacia que se predica de la acción pública, con la conciencia última de que el proceso de participación se da en prerrogativas y facultades que por naturaleza son esencialmente ejecutivas, pero que por naturaleza también deben estar bien informadas y bien fundamentadas, puesto que la legitimación institucional se adquiere mediante un ejercicio «correcto» de la organización y de la disposición de medios que tenga en cuenta los intereses profesionales y económicos de los funcionarios.¹⁵⁰

Debe hacerse una última reflexión sobre las modalidades de la información y la consulta en el sistema del Estatuto de los trabajadores y en el sistema del Estatuto de los empleados públicos. La Directiva 2002/14/CE ha hecho una especial mención de los requisitos mínimos de contenido y forma que deben respetar las variantes prácticas del ejercicio de derecho de información y consulta. Los artículos 4.3 y 4.4 de esta norma subrayan que ambas se tendrán que efectuar «en un momento, de una manera y con un contenido apropiados», de modo que, en el caso de la información, «permita a los representantes de los trabajadores proceder a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta», y, por lo que respecta a la

150. Precisamente en esta línea, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la legitimación de los sindicatos para impugnar los actos administrativos de licitación de contratos para la gestión de servicios públicos y de contratos de servicios que en la práctica presuponen la sustitución de empleados públicos por trabajadores que no tienen esta condición, y ha afirmado la correspondiente afectación por este tipo de decisiones organizativas de las condiciones de trabajo y las expectativas profesionales del funcionariado existente, tal como se puede ver en las SSTC 112/2004, de 12 de julio, y 58/2011, de 3 de mayo. Hay que resaltar el interesante voto particular de la STC 183/2009, de 7 de septiembre, en el que se realiza un paralelismo evidente entre las decisiones empresariales de contratación y subcontratación de actividades empresariales y las decisiones administrativas de contratación de servicios desde el prisma estricto de afectación, sustancial, directa y concreta de los intereses de los trabajadores y de los instrumentos de garantía establecidos para su defensa, donde se citan en particular los derechos de información y consulta.

segunda, se ejecute «al nivel pertinente de dirección y de representación, en función del tema tratado», que se desarrollará siempre «con arreglo a las informaciones proporcionadas por el empresario» y acorde con el «dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular», y de forma que les permita «reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen», teniendo en cuenta que la finalidad última de la consulta es «llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario».¹⁵¹

Por este motivo, el artículo 64.6 ET precisa la manera en que se debe facilitar la información y realizarse la consulta con el objetivo último de garantizar la finalidad pretendida para el reconocimiento de estos derechos en el sistema de participación con incidencia en las decisiones empresariales. Consiguientemente, y respecto a la información, la norma laboral exige que esta sea facilitada por el empresario al órgano de representación «en un momento, de una manera y con un contenido apropiados que permitan a los representantes proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe». Se refuerza así la instrumentalidad de la información para el ejercicio de funciones representativas y, más concretamente, la relación entre información y consulta, a la vez que se garantiza el derecho de información, de manera que este no queda satisfecho si no se cumplen los condicionamientos de tiempo, de forma y de contenido apropiados que permitan un análisis adecuado y ponderado encaminado a la correcta satisfacción de las facultades de consulta e información. En la misma dirección, la consulta deberá realizarse «en un momento y con un contenido apropiados» y «en el nivel de dirección y representación correspondiente de la empresa», que permita a los representantes de los trabajadores «reunirse con el empresario» con la finalidad de obtener «una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo», sin perjuicio siempre de las facultades reconocidas al empresario, y se subraya que, en todo caso, «la consulta deberá permitir que el criterio del comité pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o de ejecutar las decisiones».¹⁵²

Pues bien, si algo caracteriza al sistema de derechos de información y consulta de los funcionarios es su inexistente procedimentalización. Simplemente, la norma estatutaria no introduce requisitos de tiempo, de forma o de contenido sobre el ejercicio de las funciones informativas y consultivas reconocidas a los órganos de representación del personal funcionario. Podemos afirmar en descargo del EBEP que esta es una norma básica y estructural que tiene como función la creación

151. Fernández Docampo, Belén, *La participación de los trabajadores en el derecho...*, op. cit., p. 131.

152. Sigo en estas líneas el planteamiento de Garrido Pérez, Eva, «Los cambios sistemáticos, materiales...», op. cit., p. 29-30.

de estos derechos pero no su modelización, papel que se debe reservar a las leyes de función pública del Estado y de las comunidades autónomas, como nos dice el artículo 6 EBEP.¹⁵³ Con todo, el hecho es que la propia directiva europea en esta materia ha procedido a establecer un marco general sobre el ejercicio apropiado de los derechos de información y consulta de los trabajadores, que se entiende respetuoso con las competencias de los estados por su carácter general y abstracto, lo que permite una cierta libertad para su concreción. Resumiendo, en la construcción del marco legal de las juntas y los delegados de personal, a mi parecer, parecen haber prevalecido más los elementos de continuidad con el esquema anterior y la primacía otorgada a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo que la voluntad de constituir un sistema moderno de participación de la representación de los funcionarios en las políticas de personal de la administración pública. En conclusión, la consecuencia práctica del modelo planteado es que, por ahora, los derechos de información y consulta de los funcionarios públicos aparecen como unos derechos inespecíficos, no orientados hacia la promoción de un diálogo constructivo entre las administraciones públicas y sus empleados, entregados a la buena voluntad de unos gestores de personal con dificultades para detectar y ver, en el confuso sistema de relaciones colectivas propio del modelo público, la utilidad de una mayor interlocución con unas representaciones sociales que insisten en sus derechos de negociación marginando las demás opciones de participación.

153. Debe recordarse al respecto la existencia de algún pronunciamiento, fundamentalmente la STC 43/1996, de 14 de marzo, sobre el derecho de reunión de los empleados públicos, en el que se reprochó al Estado la concreción excesiva de requisitos de tiempos y de procedimiento en materia de derecho de reunión de los empleados públicos que en la práctica imposibilitaban el desarrollo por norma autonómica, tal como puede verse en García-Perrote Escartín, Ignacio, «Excesos en la determinación de lo básico de la redacción original de la LORAP sobre determinadas materias (proclamación de resultados electorales, resolución de consultas y derecho de reunión)», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 87, 1998, p.172.

4. Leyes de función pública, negociación colectiva y competencias de los órganos de representación del personal funcionario

En este apartado analizo cuáles son los márgenes de configuración del legislador de la función pública y de la negociación colectiva para la ampliación y concreción de las funciones participativas de los órganos de representación de los funcionarios. Se trata, por lo tanto, de saber si nuestras comunidades autónomas y entidades locales tienen algún grado de libertad para determinar el alcance y las modalidades de los derechos de información y consulta de los funcionarios y de saber también cuáles son, en caso de que existan, las líneas maestras de la aportación que se está realizando en este terreno.

Una lectura atenta de los trabajos elaborados sobre el posible desarrollo del EBEP en materia de representación de los empleados públicos sugiere con rapidez el carácter cerrado y terminado de la regulación incorporada a la norma básica estatal.¹⁵⁴ A pesar de todo, un análisis rápido sobre la jurisprudencia constitucional en esta materia nos conduce a una conclusión distinta. En esta dirección, debe tenerse presente que el objeto de discusión no es la calificación de la competencia. A este respecto, se considera que la legislación sobre los órganos de representación forma parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios y constituye un supuesto claro del sistema de bases más desarrollado, es decir, el Estado tiene capacidad para dictar las bases de la regulación, y las comunidades autónomas, la posibilidad de producir una ley que las desarrolle.¹⁵⁵ En este marco, el objeto de discusión es el alcance material de algunos preceptos de la ley básica del Estado, es decir, su concreción y detalle que pueden impedir a las comunidades autónomas incidir sobre las condiciones básicas de los derechos colectivos del personal funcionario cuando legislen sobre materias propias de su competencia. En todo caso,

154. A este respecto, Toña Güenaga, Fernando; Iñaki Calonge Crespo; César González de Heredia Maruri; Mikel Gorriti Bontigui; Rafael Jiménez Asensio, *Informe. Estatuto básico del empleado público y márgenes de configuración del legislador vasco para su desarrollo*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 2007, p. 248; AA. VV, *Estudios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, Aranzadi, 2008, p. 68.

155. Tal como se señala en la STC 158/1988, de 15 de septiembre.

se considera pacífico e indiscutido que el Estado tiene competencia para optar por la determinación o la ausencia de un sistema de órganos de representación que pueda canalizar el reconocimiento del derecho de los funcionarios a constituir e integrar órganos de representación de sus intereses, para establecer que dicho sistema es compatible con la capacidad representativa reconocida a las organizaciones sindicales y para optar por una determinada modalidad de participación consistente en las modalidades de información y consulta, reservando a los sindicatos la utilización de los procedimientos de negociación.

Más allá de estas cuestiones, los temas siguen abiertos y giran sobre la consideración de las normas estatales como normas «cerradas» no susceptibles de complemento o desarrollo, o como normas de detalle que disciplinan directamente algunos de los objetos de la materia.¹⁵⁶ Hay que tener en cuenta que en el establecimiento de una legislación de órganos de representación juega como un inevitable factor de homogeneización su relación con los derechos sindicales en la función pública. Es ineludible la conexión entre la materia «representación de personal» y la libertad sindical en el mismo momento en que la LOLS ha optado por un tratamiento común de esta libertad para los trabajadores públicos y privados, lo que presupone adoptar, como criterio de medida de la representatividad sindical, los resultados globales en las elecciones a representaciones de personal, incluyendo también a los representantes de los funcionarios, es decir, que una buena parte del régimen orgánico relativo a la constitución, el mandato, la promoción de elecciones y el procedimiento electoral a órganos de representación de los funcionarios termina por constituir una materia susceptible de integrar el régimen general reservado al Estado por su proyección sobre el conjunto de la representatividad sindical. A pesar de ello, conviene distinguir entre esta coincidencia de ámbitos y el régimen funcional reconocido a los órganos de representación de los funcionarios, que integra un nivel intermedio, entre la negociación y la participación institucional reservadas a los sindicatos, consistente en competencias de información, consulta y fiscalización que se encomiendan a las juntas y delegados de personal para la tutela de las condiciones de trabajo de los funcionarios desde el ámbito estricto de su estatuto.¹⁵⁷ Puede defenderse la existencia de un ámbito de conexión e interrelación entre el régimen jurídico y la actividad de los sindicatos y el régimen jurídico y la actividad de los órganos de representación, pero eso no elimina las diferencias sustanciales existentes desde la perspectiva constitucional entre los sindicatos y los delegados y las juntas de personal. La norma fundamen-

156. Este es el planteamiento de la STC 43/1996, de 14 de marzo.

157. La relación estricta entre órganos de representación y medición de la representatividad sindical constituye el debate último de la STC 140/1990, de 20 de septiembre, que presenta un interesante voto particular del magistrado Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. Un comentario de esta sentencia puede verse en Casas Bahamonde, María Emilia, «Representaciones unitarias de funcionarios públicos, competencias autonómicas y derechos históricos forales, algunas determinaciones básicas y no básicas, de la Ley 9/1987, de 12 de junio», *Revista Española del Derecho del Trabajo*, 48, 1995, p. 641-650.

tal simplemente ha constitucionalizado al sindicato, pero no ha hecho lo propio con los órganos de representación del personal funcionario, que son creación de la ley y guardan una relación directa con el Estatuto de los funcionarios públicos previsto en el artículo 103.3 CE.¹⁵⁸ Pese a ello, conviene no confundir la competencia para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos con la reserva de ley que establece el artículo 103.3 CE. Es decir, no se puede entender que las reservas de ley establecidas en el texto constitucional deban satisfacerse íntegramente por la legislación básica del Estado, trasladando el sistema de relaciones entre ley y reglamento al sistema de distribución de competencias, de manera que la legislación de las comunidades autónomas vendría a desarrollar una función «materialmente» reglamentaria. La reserva de ley del artículo 103.3 CE no tiene dimensión competencial y se puede realizar y cumplir por la ley estatal y también por la ley autonómica.¹⁵⁹

Por lo tanto, la ley estatal crea y determina un sistema de órganos de representación de los funcionarios, define su compatibilidad con las organizaciones sindicales y el sistema de utilización a efectos de medición de su representatividad, del mismo modo que opta por reservar a los sindicatos la función de negociación y por confiar –si bien no en exclusiva– a los órganos de representación las de información, consulta y vigilancia en la determinación de las condiciones de empleo y trabajo de los funcionarios públicos; pero ello no impide el ejercicio de competencias legislativas de las comunidades autónomas sobre esta materia.

En el supuesto que nos ocupa –el artículo 40 EBEP, referido a las funciones de las juntas de personal–, entendemos que el contenido de este precepto puede configurarse como un mínimo uniforme susceptible de ampliación, respetando, sin embargo, la orientación funcional establecida por la norma estatal. Por tanto, creemos que el alcance de las funciones señaladas es susceptible de concreción autonómica y que las leyes de función pública de nuestras comunidades pueden modelizar el ejercicio de los derechos de información y consulta. Quiere decirse que las comunidades autónomas podrían ampliar los derechos de información y consulta de los órganos de representación de los funcionarios, concretar dichas facultades y referirlas a un particular tipo de información u objeto de consulta, y señalar las modalidades prácticas de ejercicio de tales derechos y los niveles de decisión en que son procedentes para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos concedidos.

Así, se abre, a mi parecer, una opción autonómica para asegurar un esquema coherente y viable de participación de los funcionarios públicos presidida por la

158. Tal como se sostiene en la STC 95/1996, de 29 de mayo.

159. En esta dirección, Mauri, Joan, «La distribució de competències en matèria de funció pública», *Autonomies, Revista Catalana de Dret Públic*, 24, 1999, p.46; Jiménez Asensio, Rafael, «El repartiment de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes en matèria de funció pública», *El Clip*, 27, 2000, p. 9.

idea de colaboración, que permita aportar inteligencia social a los procesos de gestión del cambio y reestructuración propios de la actual etapa, con capacidad para repercutir sobre el empleo y las condiciones de trabajo. Este esquema exige articular mecanismos que impliquen a los representantes de los empleados públicos mediante un enfoque dirigido a la anticipación de los cambios y la colaboración, para darles una respuesta que permita mantener la prestación de los servicios esenciales y preservar el empleo público. Como es lógico, esto es particularmente necesario ante la aparición de los procesos de ajuste y cambio forzados por la urgencia de las situaciones, pero tal participación necesaria no se dará, o no se dará en las condiciones ideales de confianza y diálogo, si no se asegura un sistema de información y consulta permanente que permita garantizar un diálogo social de naturaleza constructiva.

Si pasamos de las ideas generales a su concreción legislativa, podemos analizar ahora cuál ha sido el esquema funcional previsto o plasmado en los proyectos de desarrollo del EBEP preparados por las comunidades autónomas o en las leyes de función pública ya aprobadas por estas mismas comunidades en aplicación del EBEP.

Hasta el momento, los documentos, proyectos o leyes publicados para procurar el desarrollo del EBEP nos aportan el siguiente resultado: *a)* existencia de dos normas de transición a caballo entre el fin de la vigencia de la LMRFP y la aplicación de la efectividad del EBEP, como pueden ser la Ley 13/2007, de 17 de julio, de la función pública de Galicia, articulada en el Decreto legislativo 1/2008, de la función pública de Galicia, y la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de función pública de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; *b)* vigencia de dos leyes reguladoras de la función pública para el despliegue del EBEP, como pueden ser la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat Valenciana, de ordenación y gestión de la función pública, y la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del empleo público de Castilla-La Mancha; *c)* elaboración de una serie de documentos y proyectos preparatorios para la elaboración de posibles leyes de empleo público de la comunidad autónoma, entre los que podemos citar el documento técnico para la elaboración del anteproyecto de ley de empleo público de Euskadi (3.2.2009), que no debe confundirse con el borrador de la ley de empleo público vasco (octubre 2011); el documento informativo sobre un posible contenido de la ley de empleo público de Andalucía (28.10.2009); el decaído proyecto de ley de medidas en materia de empleo público de Cataluña (20.1.2010); el borrador del proyecto de ley de función pública de Cantabria (3.3.2010); el proyecto de ley de la función pública de las Canarias (1.3.2010), y el anteproyecto de ley de empleo público de Aragón (2010).

En el primer bloque de normas de transición, la materia «participación y negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios» es simplemente ignorada y no es objeto de regulación alguna. De hecho, las leyes de función pública de

Galicia y de las Islas Baleares son leyes estrictamente orientadas a la configuración del estatuto individual de los funcionarios públicos sin proyección colectiva.

Si pasamos ahora a las leyes de función pública aprobadas en desarrollo del EBEP, observaremos que el artículo 151 de la Ley de ordenación y gestión de la función pública valenciana sigue casi literalmente el perfil funcional de las juntas de personal establecido en el estatuto básico, con la única incorporación, como objeto de consulta, de la emisión de informe en la materia «planes de formación del personal». Esta falta de capacidad para definir un modelo autonómico propio sobre el sistema de participación de los funcionarios en la gestión de personal de la administración pública correspondiente se hace evidente en el artículo 156 de la Ley de empleo público de Castilla-La Mancha, norma en la que se establece literalmente que la composición, las funciones, las garantías y la duración de la representación del personal funcionario se rigen por lo que disponen los preceptos del EBEP.

En los proyectos que conocemos sobre posibles desarrollos del EBEP por parte de las comunidades autónomas, podemos constatar que el documento y el proyecto sobre el empleo público del País Vasco no presentan ninguna novedad sustancial. El documento técnico articulado para la elaboración del anteproyecto de ley de empleo público de Euskadi, en su artículo 179, se limita a reproducir las funciones de los órganos de representación establecidas en el artículo 40 EBEP, mientras que el borrador del proyecto de ley de empleo público vasco simplemente elude la cuestión y no contiene ninguna norma sobre la cuestión. En la misma dirección, el documento informativo sobre un posible contenido de la ley de empleo público de Andalucía se limita a mencionar la necesidad de que la futura ley regule las juntas de personal en la administración de la Junta de Andalucía, en las entidades locales y en las universidades públicas de Andalucía, sin añadir otras precisiones. El caso del decaído proyecto de ley de medidas en materia de empleo público de la Generalitat de Cataluña es un supuesto distinto, pero de resultado similar. El proyecto presentado consistía en un proyecto de medidas que desarrollaba algunos de los ámbitos de la normativa básica, tratando de incorporar determinadas normas que se consideraban cruciales en un proceso de reforma que quería abordarse de forma progresiva; se trataba, pues, de medidas parciales en materia fundamentalmente de ordenación y estructura del empleo público catalán y de selección y reclutamiento, lo que explica que no contengan referencia alguna a los órganos de representación y al modelo de participación colectiva.

En el capítulo de proyectos y anteproyectos articulados, y a reserva de lo ya dicho sobre los proyectos del País Vasco, el borrador de la ley de función pública de Cantabria prevé únicamente, en el artículo 71, la constitución de una única junta de personal para la administración general y las entidades de derecho público en su ámbito de aplicación, sin añadir ninguna otra consideración. El proyecto de ley de la función pública de Canarias incluye un artículo, el 87, dedicado a las funcio-

nes y la legitimación de los órganos de representación que se limita simplemente a reproducir, casi literalmente, el esquema estatal establecido en el artículo 40 EBEP, con la introducción, tal vez, de alguna coma. Finalmente, el anteproyecto de ley de empleo público de Aragón puede resultar paradigmático sobre lo que he expuesto hasta aquí: el capítulo II, titulado «Derecho a la negociación colectiva y a la representación», se refiere única y exclusivamente al derecho de negociación, al procedimiento de negociación, a los órganos de negociación y a las materias objeto de negociación. No hay, pues, en este esquema, un espacio separado para la consideración de otro tipo de representación que no sea el encaminado a la «contratación» de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

El resultado que aporta el análisis de las leyes de función pública de desarrollo del EBEP no puede resultar más decepcionante. Los proyectos y normas analizados presentan un panorama desalentador: en su gran mayoría ignoran el hecho participativo o se limitan a trasladar el esquema estatal al ámbito autonómico sin considerar un marco legal de referencia como el existente en el ámbito de la Unión Europea que pudiera constituir la base formal de otra política de relaciones colectivas con capacidad para situar, junto a la negociación y el conflicto colectivo, un espacio de formas participativas relacionadas con la gestión del cambio, la adaptación y la organización del trabajo. De este modo, se renuncia desde el territorio de la autonomía a la construcción de un modelo alternativo de gobernanza de las relaciones colectivas que, junto a la negociación de las condiciones de trabajo, intente situar un espacio de reflexión sobre las condiciones de organización y producción de los servicios públicos, haciendo del diálogo y la colaboración un instrumento de flexibilidad y adaptabilidad organizativa.

A la vista de esta situación, debemos plantearnos ahora hasta qué punto la materia «representación de los funcionarios» está reservada a la ley, de manera que la configuración legal dada por esta no pueda ser objeto de adaptación y transformación en un nivel inferior como consecuencia de los cambios que se van produciendo en las circunstancias económicas y sociales de referencia y en las mismas relaciones de empleo. En esta dirección, parece haber unanimidad sobre el carácter «cerrado» de la lista de competencias de los delegados y las juntas de personal, que no podría ser objeto de modificación o aumento mediante la negociación colectiva a través de un acuerdo. Con todo, esta opinión se matiza advirtiendo que ello no impide que los pactos puedan completar o desarrollar la relación de funciones que prevén las normas legales, o establecer requisitos de tiempo y forma que la mera relación de ámbitos funcionales no prevé; pero en ningún caso podría llegar a desvirtuar el sentido y la finalidad de estas competencias en su finalidad de establecer un determinado perfil orgánico de dichas representaciones. En esta dirección, la opinión sobre el carácter cerrado de la lista funcional establecida – primero por el artículo 9 LORAP y después por el artículo 40 EBEP– se refuerza si se considera que la legislación de empleo público no prevé un precepto como el

previsto en el artículo 64.9 ET, en el que se faculta a los convenios colectivos para que puedan establecer disposiciones específicas relativas al contenido y las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta, así como al nivel de representación más adecuado para ejercerlos, previsión que no hace más que actuar la habilitación de la Directiva 2002/14/CE, para que los estados miembros puedan confiar a los interlocutores sociales la tarea de promover, reforzar y definir libremente y en cualquier momento, por la vía del acuerdo, las modalidades de información y consulta de los trabajadores.¹⁶⁰

Así, a partir de esta tesis se podría concluir que las competencias de las juntas de personal no pueden ser objeto de modificación o ampliación en un sentido esencial que alterase el significado último de esta institución en el sistema de relaciones colectivas de la función pública, pero también se aceptaría que los acuerdos colectivos pudiesen concretar o desarrollar el contenido de las mencionadas funciones y establecer las modalidades prácticas de su ejercicio y los niveles adecuados de interlocución.

Este planteamiento parece recibir cierto apoyo en la doctrina judicial, que mantiene criterios que pueden llegar a resultar coincidentes con dicha posición, de acuerdo con una serie de interpretaciones que hay que leer correctamente. En primer lugar, la posición jurisprudencial es tajante en cuanto a la no aceptación de alteraciones funcionales que pueden significar una variación sustancial en las características principales de los sujetos colectivos; ello se hace patente, por ejemplo, como se ha dicho en otra parte de este trabajo, en el rechazo mayoritario a que los órganos de representación puedan asumir facultades de negociación basándose en cláusulas diversas de los acuerdos colectivos.¹⁶¹ Del mismo modo, los órganos judiciales se oponen a las modificaciones convencionales que puedan producirse sobre preceptos cerrados, que incorporan supuestos tasados no susceptibles de interpretación.¹⁶² Pero más allá de estas posibles limitaciones, la doctrina de nuestros tribunales nos recuerda que, desde una perspectiva amplia, la materia «órganos de representación» se puede llegar a incluir en el concepto de «propuestas sobre derechos sindicales y de participación» contenida en el artículo 37.1.h EBEP, noción que podría incorporar sin dificultad los contenidos de la acción sindical, así como la participación en la determinación de las condiciones de ejercicio de los

160. En esta dirección van las opiniones sobre el dibujo funcional articulado por la LORAP de Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios a la Ley de Órganos de representación... op. cit.*, p. 82-85; Cruz Villalón, J., «Juntas y delegados de personal: concepto, ámbitos de actuación y competencias», en AA. VV. *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 1989, p. 95-96; Roqueta Buj, Remedios, «Los órganos de representación unitaria de los funcionarios en las administraciones públicas», en Escudero Rodríguez, Ricardo; Jesús Mercader Uguina, *Manual Jurídico de los Representantes de los Trabajadores*, Madrid, La Ley, 2004, p. 501. Paralelamente y por el mismo sistema funcional del EBEP, las manifestaciones de Valverde Asencio, Antonio José, «Representación y participación institucional», en Dey Rey Guanter, Salvador (dirección), *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, La Ley, 2008, p. 453; Olarte Encabo, Sofía, «Funciones y legitimación de los órganos de representación»; Monereo Pérez, José Luis, *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Granada, Comares, 2008, p. 401.

161. Véase al respecto la jurisprudencia incluida en la nota 67.

162. STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2005, JUR/2005/143720.

derechos sindicales, de representación, reunión y negociación colectiva de los empleados públicos.¹⁶³ Por lo tanto, existe una base legal específica que, con una perspectiva generosa, permite desarrollar los derechos de participación de los empleados públicos por el procedimiento de negociación. Precisamente, dicha previsión habilita la negociación para la concreción o particularización de los supuestos legales genéricos o indeterminados, respetando los límites y fijando de la manera más conveniente para los intereses del personal y del servicio público la forma en la que se ejecutarán las normas imperativas, pero sin que puedan ir más allá y desborden las previsiones de la ley por la ampliación o la mejora de los derechos reconocidos a los empleados públicos en materia de representación del personal.¹⁶⁴ Ciertamente, esta actividad de concreción o particularización parece entenderse en un sentido amplio, y, así, se ha admitido la participación de la junta de personal en la elaboración de las correspondientes bases de una convocatoria de selección o provisión de puestos de trabajo,¹⁶⁵ la extensión de las facultades de emisión de informe a los traslados a puestos de trabajo entre distintos servicios,¹⁶⁶ o, en este caso, en beneficio de los sindicatos presentes en la mesa de negociación, y la ampliación de las facultades de información a la puesta en marcha de unas determinadas unidades de gestión.¹⁶⁷

Si pasamos ahora de la doctrina a la misma práctica convencional, podemos observar las siguientes tendencias:

a) Una afirmación general de los derechos de información que se extiende a toda la temática relativa a la gestión de personal y, en especial, a la tratada por las comisiones informativas municipales competentes en este ámbito o a la que implique una variación o modificación de la situación o el régimen jurídico preexistente, con inclusión de las circulares e instrucciones relativas a la materia de personal.¹⁶⁸

163. Tal como se plantea en la STSJ del País Vasco de 31 de enero de 2008, RJCA/2008/365. En todo caso, se debe tener presente que no faltan manifestaciones en sentido contrario, por entender que el objeto de la negociación son «propuestas» sobre derechos sindicales que deberán tratarse en el nivel de negociación correspondiente, y no directamente la determinación de los mismos derechos, que en el ámbito local no pueden ser objeto de acuerdo colectivo por ser considerados una materia reservada a la ley, como se afirma en la STSJ de Galicia de 27 de enero de 2010, JUR/2010/101407.

164. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 31 de marzo de 2011, JUR/2011/187899.

165. STSJ de Andalucía, Málaga, de 10 de septiembre de 2009, JUR/2011/99873, y STSJ de Extremadura de 10 de noviembre de 1998, RJCA/1998/4048.

166. STSJ de Murcia de 12 de diciembre de 1998, JUR/1998/101260.

167. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de octubre de 2001, JUR/2003/2347.

168. De hecho, estamos ante una forma de desarrollo o concreción de la competencia genérica de recepción de información sobre la política de personal de la entidad local correspondiente, como se puede ver en el artículo 37.5.e de la Resolución TRE/4178/2008, de 2 de octubre, por la que se disponen la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Manlleu para los años 2008-2011 (DOGC 5328, 27.2.2009). En la dirección planteada más arriba van la Resolución TRE/3980/2007, de 9 de octubre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Malgrat de Mar para los años 2007 y 2008 (artículo 62; DOGC 5047, 14.1.2008), la Resolución TRE/496/2009, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo de condiciones de trabajo/Convenio colectivo para el personal del Ayuntamiento de Creixell, para los años 2008-2011 (artículo 37; DOGC 5330; 3.3.2009), la Resolución de 22 de abril de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Sabadell para los años 2008-2011 (artículo 55; BOPB 135, 7.6.2010).

b) Una determinación concreta de los documentos que deben ser objeto de conocimiento por parte de los órganos de representación en la forma de determinados acuerdos y resoluciones o nombramientos y contrataciones. En esta dirección, podemos encontrar desde la previsión de una transmisión generalista consistente en la recepción de órdenes del día del pleno, de la junta de gobierno o de las comisiones informativas que traten temas de personal hasta documentos concretos sobre aspectos significativos de la política de personal, como es el caso, por ejemplo, de los expedientes de liquidación de cantidades por servicios extraordinarios.¹⁶⁹

c) Una especial atención a las facultades informativas relacionadas con el empleo que se extiende a aspectos esenciales como, por ejemplo, la recepción de información sobre la preparación y diseño de la oferta de empleo público, sobre las clasificaciones profesionales y la adscripción definitiva a los grupos y categorías y sobre perspectivas de creación de empleo y variaciones de plantilla que puedan afectar de forma sustancial al volumen de cualquier departamento u organismo público de la entidad local correspondiente.¹⁷⁰

d) La admisión del derecho a ser informados o consultados sobre los sistemas de organización del trabajo y los instrumentos de gestión de personal, las transformaciones o modificaciones de las misiones de las unidades administrativas, las innovaciones técnicas que puedan operarse en los puestos de trabajo y los procesos de externalización o contratación con empresas externas de servicios de importancia relevante que puedan llegar a afectar al personal de la misma entidad local.¹⁷¹

169. TRE/4178/2008, de 2 de octubre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Manlleu para los años 2008-2010 (artículo 37.5; DOGC 5328, 27.2.2009); Resolución TRE/533/2009, por la que se dispone la inscripción, el depósito y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario de la Diputación de Girona para los años 2008-2011 (artículo 60; DOGC 5332; 5.3.2009); Resolución de 1 de febrero de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Consejo Comarcal del Bages para los años 2009-2012 (artículo 45; BOPB 95, 21.4.2010); Resolución de 1 de diciembre de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del acuerdo mixto de funcionarios y laborales, regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Lleida para los años 2010-2012 (artículo 73; BOPLL 172, 9.12.2010).

170. Resolución TRE/3943/2007, de 13 de septiembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de La Garriga para el período 9.5.2007-31.12.2009 (artículo 72; DOGC 5044; 9.1.2008); Resolución TRE/3724/2008, de 7 de agosto, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Sant Adrià de Besòs para el período 1.7.2008-30.6.2011 (artículo 47; DOGC 15.12.2008); Resolución de 5 de mayo de 2011, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Begues para el período 28.03.2011-31.12.2014 (artículo 64; BOPB, 30.5.2011).

171. Resolución TRE/1752/2008, de 6 de mayo, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Tortosa, 2007-2009 (artículo 50.2; DONGC 5148, 9.6.2008); Resolución TRE/491/2009, de 21 de enero, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo de condiciones de trabajo para el personal funcionario del Ayuntamiento de Ulldecona (artículo 29; DOGC 5330, 3.3.2009). Al respecto, resulta relevante el artículo 35 y 40 de la Resolución TRE/643/2008, de 18 de febrero, por la que se ordena la inscripción, el depósito y la publicación del Acuerdo regulador de condiciones de trabajo del personal funcionario del Ayuntamiento de Palafrugell para los años 2007-2009, dado que en el primero de los preceptos citados, a pesar de reconocer la organización del trabajo como una facultad y responsabilidad de la corporación, se admite la función de la junta de personal como órgano asesor y consultivo en esta materia, función que se proyecta sobre la elaboración de la plantilla y la relación de puestos de trabajo; precisamente, el segundo de los preceptos citados aborda la elaboración de un organigrama que defina cada puesto de trabajo y consolide bases objetivas para la remuneración y la promoción de los trabajadores, organigrama que debe realizarse manteniendo contactos periódicos entre la parte redactora y la junta de personal.

e) La recuperación por vía de negociación de facultades de información o consulta presentes en la antigua LORAP y que han desaparecido o han sido subsumidas en conceptos más amplios en el actual EBEP, como puedan ser las relativas a las cantidades que percibirá cada funcionario por el complemento de productividad o a los planes de formación de personal.¹⁷²

f) La extensión de facultades existentes en el EBEP hacia ámbitos manifiestamente conexos con los previstos legalmente. Este puede ser el caso de la información sobre todas las aperturas de expedientes disciplinarios y las sanciones impuestas por faltas leves, graves o muy graves, con audiencia y vista del expediente por diez días antes de la propuesta de resolución que mejora manifiestamente la competencia de información de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves, prevista en el artículo 40 EBEP.¹⁷³

Un menor énfasis parece ponerse en las modalidades prácticas aplicables a los derechos de participación. En este sentido, solo pueden mencionarse detalles menores, como la recuperación de la periodicidad trimestral de la información, ya prevista en la antigua LORAP, o la particularización de la información en los supuestos disciplinarios, distinguiendo entre la fase de apertura del expediente y la imposición de la sanción, con lo que se evita que la facultad de recepción de información se transforme en un simple trámite de dación y recepción de la noticia de la sanción una vez se ha procedido a imponerla.¹⁷⁴

Aun así, en ciertos supuestos específicos más modernos se detecta una preocupación mayor por los aspectos relacionados con las cuestiones de forma o de tiempo. A modo de ejemplo, podemos citar los acuerdos que trasladan al ámbito de la función pública la definición de información aportada por el artículo 64 ET, advirtiendo que se entiende por información la transmisión de datos por el ayuntamiento correspondiente al órgano de representación a los efectos de que este tenga conocimiento en una cuestión determinada y pueda proceder a su examen.¹⁷⁵ Del mismo modo, hay que hacer mención de los acuerdos que precisan circunstancias temporales, señalando que los informes se solicitarán con antelación previa sufi-

172. Resolución TRE/3980/2007, de 9 de octubre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Malgrat de Mar para los años 2007 y 2008 (artículo 62; DOGC 5047, 14.1.2008).

173. Resolución TRE/3980/2007, de 9 de octubre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Malgrat de Mar para los años 2007 y 2008 (artículo 62.2, DOGC 5047, 14.1.2008). Todavía más, el artículo 66.2 de la Resolución de 7 de octubre de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Barberà del Vallès para los años 2010-2012, señala expresamente que la junta de personal tendrá derecho a: «Ser informados previamente a la incoación de expediente disciplinario contra cualquier empleado/a y a tener audiencia en cada una de las fases del expediente incoado (imputación de cargos, propuesta de resolución y resolución del expediente)».

174. Resolución TRE/3980/2007, de 9 de octubre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento de Malgrat de Mar para los años 2007 y 2008 (artículo 62.2, DOGC, 5047, 14.1.2008).

175. Resolución de 14 de abril de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Ayuntamiento de Esparreguera para el período 9.02.2010-31.12.2011 (artículo 80.1; BOPB 104, 1.5.2010).

ciente y nunca con un plazo no inferior que puede llegar a oscilar entre quince días naturales y dos días hábiles, lo que, por cierto, en este último supuesto implica una garantía mínima del derecho de consulta si se tiene en cuenta que los trámites abreviados en la administración pública se extienden por un periodo de cinco días.¹⁷⁶

En todo caso el esquema final acusa un elevado déficit de orientación y sentido. Falto de un adecuado diseño legal, el sistema de derechos de información y consulta se nos representa carente de una finalidad autónoma y distinta que no sea el ejercicio efectivo de las facultades de vigilancia y control o, simplemente, la preparación del proceso de negociación, hasta el punto de que a menudo se confunden las facultades de los órganos titulares de los derechos de participación con las correspondientes a los órganos titulares del derecho de negociación. Ciertamente, es indudable el papel que las competencias de información y consulta tienen desde una perspectiva instrumental para el correcto ejercicio de los demás derechos colectivos, pero aquí no me refiero a esto. En el sistema de representación de los intereses de los funcionarios públicos falta, a mi parecer, una perspectiva objetiva de los derechos de información y consulta que los caracterice y los construya al margen de los procesos de confrontación para la determinación de las condiciones de trabajo, sobre la base de una voluntad compartida de gestión de los cambios y procesos de reestructuración necesarios.

Desde una perspectiva orgánica, la regulación de las funciones de información y consulta presenta insuficiencias respecto a su contenido y procedimentalización, regulación que la negociación colectiva no ha acabado de superar, en parte porque una construcción sistemática de los derechos de participación más orientada hacia los problemas del empleo, de la organización de los servicios y la gestión del cambio acaba chocando con el protagonismo indudable que adopta la negociación de las condiciones de trabajo; seguramente porque estos aspectos se consideran accesorios o no fundamentales, casi me atrevería a decir que poco visibles, en el momento de la negociación. Por lo tanto, se cuidan poco o nada los aspectos más procedimentales del ejercicio de los derechos de información y consulta, su forma, tiempo, contenido específico e impacto final sobre el proceso de decisión, y a menudo se olvida el papel último que tales funciones tienen como medio de intervención en el mismo proceso de decisión desde una perspectiva estricta de defensa de los intereses del personal funcionario y de construcción positiva en la definición de un sistema de servicios públicos que actúa –no lo olvidemos– como un instrumento básico de solidaridad social.

176. Resolución TRE/496/2009, de 9 de febrero, por la que se dispone el registro y la publicación del Acuerdo de condiciones de trabajo/Convenio colectivo para el personal del Ayuntamiento de Creixell, para los años 2008-2011 (artículo 37; DOGC 5330, 2009); Resolución TRE/4229/2008, de 11 de noviembre, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los funcionarios del Consejo Comarcal de Osona para los años 2008-2011 (artículo 37; DOGC 5390, 29.5.2009); Resolución de 1 de febrero de 2010, por la que se dispone la inscripción y la publicación del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de los empleados públicos del Consejo Comarcal del Bages para los años 2009-2012 (artículo 46; BOPB 95, 21.4.2010).

5. Las funciones de los órganos de representación del personal funcionario en el EBEP

Una primera sistematización de las funciones de las juntas y los delegados de personal señaladas en el artículo 40.1 EBEP nos debe permitir distinguir entre derechos de información, derechos de consulta y facultades de vigilancia. Lógicamente, este es un sistema de derechos que deberá cumplir una triple finalidad: la primera y principal, actuar como un condicionamiento del ejercicio de las potestades de la administración pública correspondiente en materia de gestión de personal y de organización de los servicios; la segunda, servir de instrumento esencial de vigilancia y control del correcto ejercicio de las facultades atribuidas a la administración pública para la gestión de personal y la organización de los servicios; la tercera, finalmente, convertirse a todos los efectos en un medio de apoyo para el ejercicio de otras funciones representativas de defensa y protección de los derechos e intereses de los funcionarios. Desde esta perspectiva, por ejemplo, información, consulta y negociación no son modelos excluyentes, sino que pueden situarse en línea de continuidad. Con todo, en el supuesto específico de los órganos de representación de los funcionarios públicos hay que tener presente que esta conexión aparece de manera indirecta y complementaria, dado que las representaciones unitarias de los funcionarios están excluidas de las facultades de negociación y conflicto, con lo que no se puede mantener la tesis de una estrecha conexión entre sistemas de participación y negociación, aunque la sindicalización de la representación unitaria puede acabar produciendo este efecto.¹⁷⁷

Lógicamente, estos derechos vienen a complicar el ejercicio de las facultades de gestión de los centros directivos de las administraciones públicas en materia de personal. Precisamente, esta es su función: introducir pautas de procedimiento en los procesos de decisión en materia de personal y controlar su racionalidad.¹⁷⁸

177. Al respecto, véase Monereo Pérez, José Luis, *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid, Civitas, 1992, p. 42 y 383.

178. Una reflexión en esta dirección se puede leer en Mastinu, Enrico Maria, «La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario», *Relaciones Laborales*, 19, 2005 (citado por La Ley 4764/2005), p. 1-10.

Evidentemente, esta función se puede ejercer de diferentes formas por parte de los actores implicados en el proceso de decisión. Sencillamente, puede plantearse un ejercicio «obstructivo» de las facultades de producción de disposiciones en materia de personal que lleve a la reconsideración de sus contenidos materiales en beneficio exclusivo de los intereses del personal funcionario o bien puede plantearse un ejercicio «constructivo» del proceso participativo que conduzca a la formación de decisiones verdaderamente informadas, procurando una utilización de estas facultades desde una perspectiva garantista, pero también de su efectividad en razón de la protección y defensa de los intereses públicos en presencia. Desde la lógica de gestión, el proceso de intervención de las representaciones de personal se puede ver única y exclusivamente como un límite a superar, un trámite formal a realizar, o se puede considerar como un instrumento, una verdadera oportunidad para conseguir una decisión objetiva, por adecuada a las circunstancias del caso, y eficaz, por la legitimidad última que se obtiene con la intervención de los representantes de los empleados públicos y por la facilidad de su aplicación.¹⁷⁹

En cualquier caso, habrá que tener presente que el proceso de información y consulta obedece a una previsión legal y produce un vínculo objetivo que debe satisfacerse en el transcurso de un procedimiento de formación de un acto o disposición administrativa. Por lo tanto, la información o la consulta se configuran como un verdadero trámite interno en el proceso de constitución de la voluntad administrativa y da forma a una fase específica de información o consulta en el seno del procedimiento correspondiente.

Del mismo modo, las facultades de vigilancia se acompañan de los instrumentos adecuados para conseguir su efectividad y, en particular, de la tutela judicial. Con tal objeto, el artículo 40.2 EBEP reconoce a las juntas de personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros y, en su caso, de los delegados de personal, mancomunadamente, legitimación para iniciar, como interesados, los procedimientos administrativos correspondientes y ejercer las acciones en vía administrativa o judicial en todo cuanto se refiera al ámbito de sus funciones.

5.1. Las funciones de información

El artículo 40.1 EBEP faculta a los órganos de representación de las administraciones públicas para obtener y recibir información sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del

179. Este doble carácter de límite al ejercicio del poder empresarial y de instrumento para la correcta formación de la decisión empresarial se enfatiza en Loi, Piera, «Las diversas racionalidades de los límites procedimentales en el ejercicio de los poderes empresariales», en Escudero Rodríguez, Ricardo, *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005, p. 289.

rendimiento. El objeto de la información es, pues, una «política», «datos» y «programas». Estas informaciones serán comunicadas por las administraciones públicas correspondientes a los órganos de representación, que, en su función esencial de interlocución entre la administración y los funcionarios, las difundirán entre estos últimos, lo que permitirá la activación efectiva de un circuito informativo entre los responsables de la gestión de personal y sus empleados públicos. Lógicamente, esta información debe servir también de apoyo para influir en el proceso de configuración de las decisiones administrativas y garantizar la defensa de los intereses del personal funcionario y debe permitir asimismo comprobar el ajuste a la legalidad de los actos de gestión en materia de función pública.

Por tanto, los derechos de información que prevé la legislación vigente son unas facultades funcionalizadas desde la perspectiva estricta de la relación informativa que debe mantenerse entre la administración pública y sus empleados, tal como afirma el artículo 31.3 EBEP, y también desde la lógica conceptual de las facultades informativas de los representantes que deben servir de medio para el correcto ejercicio de sus facultades de consulta y control previstas en el conjunto de letras del artículo 40.1 EBEP.

En cualquier caso, este derecho de información presupone un deber de información que hay que satisfacer adecuadamente para cumplir las finalidades mencionadas. Ello impone una carga de construcción de informaciones comprensivas y veraces, trasladadas con la antelación suficiente para producir la satisfacción de la necesidad informativa y con la posibilidad de solicitar aclaraciones y aportar nuevos elementos de juicio a requerimiento de los representantes, que se tendrán que satisfacer en función del principio de buena fe que debe regular las relaciones entre la representación de los empleados públicos y la administración y que tiene una mención expresa en el artículo 33.1 EBEP.

La primera de las cargas informativas generales que las administraciones públicas deben asumir hace referencia a la política de personal; es decir, se debe recibir y, por tanto, obtener información sobre la política de personal de la administración pública correspondiente. Sin embargo, la noción de política puede tener una dualidad de significados. En una primera concepción, la política de personal es una decisión formal o una serie de decisiones formales expresivas de una conducta o una voluntad de actuación consistente y repetida adoptada conscientemente por las personas que la llevan a cabo para resolver o intentar resolver un problema o un conjunto de problemas. Por consiguiente, toda política exige una definición previa del problema o problemas que deben resolverse y un programa de actuación para intentar resolverlo o resolverlos, estableciendo, en su caso, el correspondiente orden de prioridades y los recursos asignados.¹⁸⁰ Más allá de esta

180. Tomo esta definición de Subirats, Joan, *Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989, p. 41-46.

definición, el concepto «política de personal» es una noción amplia relativa a todos los temas de personal que permite y justifica la solicitud de información necesaria para comprender la situación y evolución de la gestión de personal. En el primer supuesto, hablamos de la información necesaria para conocer y valorar «una» política de personal; en el segundo nos referimos a la información que se deriva de los simples actos de gestión de la función de personal en una administración de personal concreta.¹⁸¹

Toda facultad de información incorpora la posibilidad de exigirla en los términos previstos en la norma jurídica de referencia. Con todo, sucede que la posibilidad de obtener información sobre «una» política de personal exige que esta se formule y se presente como tal, mientras que la información sobre aspectos relacionados con la política de personal puede solicitarse siempre, y de hecho se puede utilizar este título para demandar información sobre asuntos relacionados con el efectivo desarrollo de la gestión de personal.

Una y otra opción son posibles de acuerdo con el texto legal, pero de hecho nuestros tribunales entienden que los órganos de representación tienen derecho a obtener información sobre la política de personal en la medida en que, a través de la misma, pueden conocer la actuación realizada por la administración pública correspondiente en el ámbito material de la gestión de personal.¹⁸² Por tanto, lo que es objeto de información es «la» política de personal, entendida como acción o actividad administrativa en materia de personal.¹⁸³ Es más, la doctrina judicial entiende que el concepto «política de personal» es un genérico abierto y no determinado que permite incluir en su seno las informaciones concretas que se consideren necesarias para el ejercicio de las funciones de los órganos de representación y la defensa de los intereses de sus representados.¹⁸⁴ Por ello, en este planteamiento el término «política de personal» es un supraconcepto que habilita a las juntas de personal a solicitar una información especificada sobre todos aquellos aspectos de la gestión de los recursos humanos que se puedan considerar funcionalmente asociados con sus diversas competencias o, en general, con la defensa de los intereses de los funcionarios públicos del ámbito correspondiente.¹⁸⁵

181. Sobre esta cuestión, véase Prats Català, Joan, «Política, gestión y administración de recursos humanos en las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, 210-211, 1987, p. 121-133.

182. STSJ de Castilla-León, Burgos, de 10 de octubre de 2008, JUR/2008/351728.

183. STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2010, JUR/2010/228418.

184. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 28 de mayo de 2004, JUR/2005/74695.

185. Por consiguiente, casi podríamos decir que los derechos de información de la junta de personal que se tienen bajo el concepto «política de personal» en la práctica resultan ser facultades funcionales estrechamente relacionadas con sus tareas de consulta y, sobre todo, con la genérica facultad de vigilancia, que se extiende a todo el universo de normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo, con lo que esta conexión asegura, sin duda, el derecho a conocer todas las informaciones necesarias para que los órganos de representación puedan desarrollar las funciones asignadas por la ley siempre en el ámbito propio de la gestión y la representación de intereses que tienen encomendados. De hecho, la relación entre los derechos de información y los de fiscalización de la actividad administrativa en materia de personal es una constante en nuestra jurisprudencia, tal como puede verse en las SSTSJ de Murcia de 13 de febrero de 1997, AS/1997/371, de Andalucía, Sevilla,

Pese a lo anterior, esta interpretación acaba yendo en detrimento de la otra hipótesis de trabajo que he establecido más arriba y que resulta sugerente enunciar en el sentido de advertir que no hay, pues, una obligación formal de construcción de una política de personal que deba ser informada, es decir, trasladada a los representantes de los funcionarios públicos, que de este modo tienen derecho a acceder a la documentación que pueda segregarse sobre los diversos aspectos de la administración de personal, pero que están privados del derecho a conocer «una» política de personal. Cuestión distinta, pero no menor, puede ser la inexistencia de determinadas informaciones materiales que en la práctica presuponen el no cumplimiento de obligaciones legales en materia de personal, como pueda ser la falta de una plantilla, de un catálogo de puestos de trabajo, de un calendario laboral, de un cuadro de vacaciones o, simplemente, de los cuadrantes de los turnos horarios, inexistencia que puede ser alegada para no cumplir las obligaciones existentes en materia de información; en este caso la carga de información se traslada a los datos materiales de los que se pueda disponer y, en su defecto, a la necesidad de una justificación del estado de situación y de la decisión adoptada, que en la práctica no deja de ser una limitación del derecho de información¹⁸⁶. Lo que sin embargo no resulta posible es transponer acríticamente el esquema del sistema de información de la empresa a la administración pública, y pretender que, basándose en la competencia del comité de empresa sobre determinados documentos que configuran su situación contable, como por ejemplo el balance, la cuenta de resultados y la memoria económica, la junta de personal tiene derecho a conocer información sobre las cantidades asignadas a cada partida presupuestaria y su gestión presupuestaria concreta.¹⁸⁷

Conviene subrayar que, en el ámbito público, la extensión de los derechos de información halla una sólida base en las leyes de régimen jurídico de nuestras administraciones públicas, que afirman con claridad los principios de transparencia y participación. En este sentido, el artículo 3.5 de la Ley 30/1992, de régimen jurídico de las administraciones públicas y el procedimiento administrativo común establece que, en sus relaciones con los ciudadanos, «las administraciones públicas actúan de conformidad con los principios de transparencia y de participación»; mientras que el artículo 2 de la Ley 26/2010, del 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las administraciones públicas de Cataluña, que resulta de aplicación a todas las administraciones públicas de Cataluña, incluidas las entidades que integran la administración local, advierte que una de las finalidades esenciales en la regulación del régimen jurídico de las relaciones de los ciudadanos con

de 28 de mayo de 2004, AS/2005/163, de Madrid de 16 de febrero de 2005, JUR/2005/93959, de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2010, JUR/2010/228418, de Madrid de 4 de noviembre de 2011, As/2011/2581.

186. STSJ de Madrid de 11 de mayo de 2011, RJCA/2011/701.

187. STSJ de Andalucía, Sevilla, de 3 de octubre de 2001, JUR/2003/2178.

las administraciones públicas catalanas es hacerlas más accesibles y garantizar la transparencia y la objetividad en su actuación. De aquí que a menudo el reconocimiento del derecho de información de los representantes de los empleados públicos se acompañe de una invocación genérica a los principios de transparencia, sin la cual no es posible garantizar que la administración cumple el principio de buena administración, que en el sector público parece tomar el relevo del principio de buena fe como canon o criterio de cumplimiento de los deberes de información.¹⁸⁸

Ya dentro de las facultades de información sobre materias concretas encontramos el derecho a recibir información sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento. Se trata normalmente de facultades específicas, no generales, de la actividad de gestión de personal de la administración pública correspondiente. De estas atribuciones se puede decir también que no otorgan un derecho a solicitar información, sino una facultad de ser informado sobre datos referidos a la evolución de las retribuciones o a la evolución del empleo, lo que presupone la existencia de una mínima programación sobre dichas materias que permite facilitar estos datos y ponerlos a disposición del órgano de representación actuante con antelación y con carácter preventivo; este mismo carácter anticipativo se pone de relieve en la previsión relativa a los programas de mejora del rendimiento, lo que presupone su existencia y consolidación como un programa previo.

Si analizamos ahora cada uno de estos ámbitos materiales, empezando por el concepto «retribuciones», nos daremos cuenta de que, con la aprobación del EBEP, del sistema de los derechos de información y consulta de los representantes de los funcionarios públicos, ha desaparecido una facultad tan incisiva para la representación de personal como era la de tener conocimiento y ser oídos en el señalamiento de las cantidades que pueda percibir cada funcionario por complemento de productividad, facultad que difícilmente puede ser compensada con la de recibir información sobre la evolución de las mencionadas retribuciones. Sobre esta competencia pende un amplio debate jurisprudencial que a mi entender se ha saldado en perjuicio de las facultades de los representantes de los funcionarios públicos. Al respecto, conviene recordar que, en la legislación de medidas de reforma de la función pública, el complemento de productividad se consideraba una retribución que debía ser objeto de negociación en el ámbito correspondiente y en su determinación y aplicación a los funcionarios públicos (artículo 32 LORAP). Además, en sus respectivos ámbitos, a las juntas de personal

188. De hecho, la interrelación entre los principios de actuación de los órganos administrativos y los derechos de información de los órganos de representación de los funcionarios es una constante en nuestra doctrina judicial, tal como puede verse en las SSTSJ de Cataluña de 9 de noviembre de 2009, RJCA/2010/336, y de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2010, JUR/2010/228418.

se les reconocía la capacidad de emitir un informe, a solicitud de la administración pública competente, sobre las cantidades que percibía cada funcionario por complemento de productividad (artículo 9.4 LORAP). Precisamente, ese vínculo de información se completaba con la necesidad de que, en todo caso, las cantidades que pudieran percibir los funcionarios por el concepto de productividad deberían ser de conocimiento público del resto de los funcionarios del departamento u organismo interesado, así como de los representantes sindicales (artículo 23.3 LORAP).

Pues bien, en un primer momento la doctrina judicial parece haber querido relativizar el deber de información y consulta en materia de asignación de complementos de productividad con la advertencia de que la expresión utilizada por la LORAP y LMRFP –cantidades «que perciba» cada funcionario– tiene un carácter antifibológico y puede ser interpretada en términos de cantidad que haya percibido cada funcionario, con lo que el cumplimiento de las cargas informativas se traslada a un momento posterior de la asignación de dicho complemento, posibilidad que de hecho relativiza el deber de información de la administración y lo transforma en un requisito formal que, una vez cumplido tras la correspondiente distribución y percepción, tiene en cualquier caso el carácter de un trámite extemporáneo o intempestivo, pero que en caso alguno invalida la decisión tomada.¹⁸⁹ Este planteamiento no siempre fue acogido a todos los efectos y de hecho algunos de nuestros tribunales de justicia recordaron que la facultad de las juntas de personal comprendía el derecho a ser informados y escuchados como requisito previo a la determinación de las cantidades que perciba cada funcionario en concepto de complemento de productividad, sin que se considerara suficiente la participación de la junta de personal o de la mesa de negociación en el establecimiento de los criterios generales de distribución de tal complemento, y recalcaron que esta actividad de información y consulta se debía entender como previa a la concreción de las condiciones de trabajo.¹⁹⁰ Añádase a ello que una parte de nuestra doctrina judicial ha entendido que la mencionada carga de información y consulta no se cumple trasladando a las juntas de personal unas listas con los nombres de los funcionarios y las cuantías correspondientes, sino que es necesario conocer los criterios y los principios del reparto, puesto que será esto lo que permitirá a los órganos de representación disponer de una mínima explicación de la asignación efectuada y del nivel de cumplimiento del programa correspondiente, de conformidad con los

189. STSJ de Aragón de 15 de septiembre de 1992, AS/1992/4511. La STSJ de Murcia de 26 de junio de 2009, JUR/2009/330401, parece recuperar esta argumentación cuando asegura que se cumple la obligación de información al remitir la lista que contiene el reparto de la productividad después del cierre de nóminas de la mensualidad correspondiente, y manifiesta que el atraso en el cumplimiento de las cargas informativas en caso alguno nos situaría ante una nulidad de pleno derecho porque la finalidad de la publicidad se ha cumplido aunque con retraso.

190. SSTSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2001, JUR/2001/168975, de Andalucía, Málaga, de 21 de junio de 2002, JUR/2003/119338, de Madrid de 6 de marzo de 2006, JUR/2006/154568, y de 9 de julio de 2009, RJCA/2009/633.

objetivos que se han establecido para el mismo.¹⁹¹ Con todo, a pesar de que los tribunales hayan reconocido el derecho de las juntas de personal a tener un conocimiento suficiente de las cantidades asignadas por estas retribuciones complementarias a los funcionarios públicos y el derecho a ser escuchadas sobre esta materia, lo cierto es que esta facultad ha chocado con una fuerte resistencia de las administraciones públicas, que a veces no ha sido sancionada por los órganos judiciales, puesto que el reconocimiento del derecho a tener conocimiento de estos datos no se ha visto acompañado de la nulidad de los devengos realizados sin haber sido escuchada previamente la correspondiente junta de personal.¹⁹²

Por otra parte, el hecho de que se trate de una información individualizada ha suscitado un debate –interesado y producido a instancias de la administración– sobre la compatibilidad de los derechos de información con el derecho a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal. Este debate se saldó en un primer momento recordando la posibilidad de que terceros privados puedan acceder a la posesión de datos de otras personas cuando están en juego el cumplimiento de obligaciones de relevancia pública, advirtiendo que, propiamente, los representantes legales no son estrictamente terceros respecto de sus representados, sino que deben considerarse como un instrumento esencial de su derecho de participación, y entendiéndose que les corresponde velar por el cumplimiento de la legalidad en el sistema de gestión de personal, con lo cual se concluye que no es irracional ni desproporcionado que el legislador acuerde determinados derechos de información instrumentales al control enunciado en el área de las relaciones laborales.¹⁹³ Estos razonamientos se completan con la remisión a la legislación en materia de protección de datos, que señala que la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, prevé expresamente en el tratamiento de estos datos (artículo 6) y en el momento de regular la comunicación (artículo 11) la posibilidad de excepción cuando una ley autorice una u otra operación, excepción que en este caso se contiene en la legislación vigente en materia de función pública.¹⁹⁴

Esta situación, sin embargo, ha empezado a experimentar un viraje decisivo, al que ha contribuido la nueva redacción de los derechos de información sobre el

191. Tal como se afirma en la STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2009, JUR/2009/479974, se trata de controlar un proceso de determinación del complemento en el que la administración ejerce auténticas potestades discrecionales, lo que exige que la decisión adoptada deba venir suficientemente motivada para asegurar su seriedad y para garantizar el conocimiento de los fundamentos de la misma, posibilitando su fiscalización. En esta misma dirección, la STSJ de las Islas Baleares de 14 de abril, JUR/2011/185562.

192. Como se plantea en la STSJ de Madrid de 2 de abril de 2004, JUR/2006/210050; en otros supuestos, se ha alegado que la omisión del trámite de información y consulta no comporta una omisión total y absoluta del procedimiento que podía dar lugar a la respectiva nulidad, como se enuncia en la STSJ de Cataluña de 3 de enero de 2007, JUR/2007/221389, y en la STSJ de Murcia de 23 de mayo de 2008, JUR/2009/32711; en cambio, en algún pronunciamiento coetáneo se afirma que esta nulidad se produce efectivamente por estas razones, al respecto se puede consultar la STSJ de Cataluña de 27 de octubre de 2006, JUR/2007/18089.

193. STSJ del País Vasco de 16 de mayo de 2006, AS/2007/1028.

194. STSJ de Aragón de 23 de diciembre de 2010, JUR/2011/106466.

sistema de retribuciones de los funcionarios públicos prevista en el EBEP, sobre todo si se tiene en cuenta la natural resistencia de las administraciones públicas a dar información sobre un complemento de productividad que a menudo ha sido desnaturalizado para atender a otras consideraciones, y que incluso ha sido utilizado como mecanismo de favor.¹⁹⁵

En esta dirección, es indudable que la situación ha experimentado un cambio sustancial, primero en función de lo que resulta de la disposición derogatoria única del EBEP, que prevé la pérdida de vigencia del artículo 23 LMRFP, precepto en el que se establecía que las cantidades que perciba cada funcionario por el concepto de productividad serán de conocimiento público de los demás funcionarios del departamento u organismo interesado, así como de los representantes sindicales; en segundo lugar, porque los órganos unitarios de personal no conservan la competencia para tener conocimiento y ser oídos en la determinación de las cantidades que perciba cada funcionario por complemento de productividad, facultad que ha sido «reconducida» a la genérica capacidad de recibir datos en materia de evolución de las retribuciones.

De aquí que, tras unos primeros momentos de confusión, nuestros tribunales hayan aceptado la tesis planteada por los representantes de las administraciones públicas al entender que se ha perdido el apoyo legal que permitía comunicar a los representantes del personal funcionario unos datos de carácter personal como eran las cuantías individuales que en concepto de complemento de productividad percibían los funcionarios públicos. Profundizando en esta cuestión, se acepta ahora que la redacción del artículo 40 EBEP, en su referencia a la facultad de recibir información sobre datos relativos a la evolución de las retribuciones, es más genérica que la regulación más específica que se recogía en el artículo 23.3.c LMRFP y en el artículo 9 LORAP, con lo que se llega a la conclusión de que, en la regulación actual, no existe fundamento legal para ceder a los representantes datos referentes a las cantidades que perciban nominalmente los empleados públicos por el complemento de productividad, puesto que se considera que estas informaciones constituyen una cesión o comunicación de datos de carácter personal de acuerdo con la definición recogida en el artículo 3.i de la Ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, datos que solo pueden ser cedidos a un tercero, bien porque la cesión esté autorizada por la ley –lo que sucedía en la legislación anterior–, bien porque haya un consentimiento específico del interesado, que no puede deducirse de la relación de representación. Asimismo, esta misma línea jurisprudencial entiende que la legislación actual permite a los representantes de los funcionarios tener conocimiento de las retribuciones y su evolución, información que se puede obtener sin necesidad de una

195. Tal como se afirma en Castillo Blanco, Federico A., «Sistema salarial, gasto público y apuntes para su reforma en el empleo público español», *Presupuesto y Gasto Público*, 41 (4-2005), p. 96-97.

lista nominal sobre el complemento de productividad que perciba cada funcionario. Para una satisfacción equilibrada de los derechos en presencia, se considera idóneo que la administración pública correspondiente remita a los representantes una lista genérica que les permita disponer de elementos que proporcionen información sobre las retribuciones acreditadas por los funcionarios. Debe subrayarse que esta información se entiende necesaria, no tanto para satisfacer las cargas informativas que prevé el artículo 40.1 EBEP, sino en función de las necesidades de información que genera el derecho de negociación de los representantes sindicales a efectos de participar en la negociación colectiva. Al respecto, el artículo 37.1.b EBEP indica que serán objeto de negociación las materias relativas a «la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios».¹⁹⁶

Si atendemos ahora a las competencias informativas sobre la probable evolución del empleo, convendrá recordar que el artículo 4 de la Directiva 2002/14/CE entiende que las facultades de información en esta materia deberían incorporar «la situación, la estructura y la evolución probable del empleo», así como las «eventuales medidas preventivas previstas, especialmente en caso de riesgo para el empleo». Por lo tanto, parece que el concepto «evolución probable del empleo» comprendería la facilitación de información sobre la continuidad del empleo existente y sobre las previsiones de futuro en esta misma materia, incluyendo las eventuales medidas preventivas para hacer frente al riesgo de pérdida de empleo. Con todo, hay que destacar que no se está exigiendo una información «exacta», sino «probable», es decir, estimativa, no segura. Se trata de recibir información previsible que permita la advertencia y el posicionamiento del órgano de representación so-

196. La doctrina expuesta se contiene con precisión en la STSJ de Madrid de 7 de julio de 2011, JUR/2011/387919. La STSJ de Aragón de 23 de diciembre de 2010, JUR/2011/106466, continúa considerando vigente el artículo 23.3.c LMRFP, hasta la entrada en vigor de las leyes de función pública correspondientes y, por lo tanto, las obligaciones de información que contiene la ley en beneficio de los funcionarios y de las organizaciones sindicales. Sobre esta cuestión resulta relevante, en cualquier caso, el Informe 91/2010, de la Agencia Española de Protección de Datos, en el que cuando se recoge la opinión de la abogacía del Estado, se entiende que el EBEP ya no atribuye a las juntas de personal la función específica consistente en tener conocimiento de las cantidades que perciba cada funcionario en concepto de complemento de productividad, función que se sustituye por otras muy genéricas, como la prevista de «recibir información, sobre la política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones» o la de «colaborar con la administración correspondiente para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento e incremento de la productividad». Lo más sorprendente es que la desaparición de esta facultad de los órganos unitarios se proyecta también sobre la facultad similar atribuida a las organizaciones sindicales por el artículo 23.3.c LMRFP, y se concluye que aunque este precepto continúa vigente y debe ser tenido en cuenta por la administración del Estado, existe un límite a esta aplicación que es la incompatibilidad del final del párrafo c del artículo 23 con las normas sobre representación del EBEP, con lo que se mantiene el derecho de los funcionarios de conocer las cantidades que perciben los empleados públicos de su departamento u organismo, pero no el de los representantes sindicales y las juntas de personal. Sobre la situación derivada después de esta extraña conclusión puede verse el Informe de la Agencia de Protección de Datos 137/2010, en el que se señala la existencia de una aparente contradicción en el razonamiento indicado, dado que, como los representantes unitarios o sindicales son a la vez funcionarios del departamento u organismo correspondiente, se les estaría reconociendo el derecho a conocer esta información desde una perspectiva individual, información que se les denegaría como representantes colectivos. En cualquier caso, conviene subrayar que los organismos encargados de la protección de datos siempre han mantenido un criterio muy restrictivo sobre esta facultad, y han enfatizado la necesidad de establecer sistemas que, a pesar de garantizar el libre acceso a la información exigida por el artículo 23.3.c LMRFP, no permitan la reproducción de los datos; en esta dirección, se ha aconsejado poner a disposición la información en una determinada zona en la que se evite una exposición pública que pueda dar lugar a un futuro tratamiento de datos personales. De este modo se podría conciliar el derecho de los funcionarios de conocer la asignación del complemento de productividad con su derecho a la protección de sus datos de carácter personal, eludiendo la exposición pública de la información pero sin limitar que se tenga acceso a la misma, tal como se afirma en el ya mencionado Informe 137/2010.

bre la estructura actual del empleo, su evolución y las previsiones sobre los posibles riesgos para su mantenimiento.

Finalmente, las cargas de información que corresponden a la administración en función del artículo 54.1.a se refieren a los «programas de mejora del rendimiento», lo que significa que dichos programas tienen que existir como tales y deben referirse a la mejora del rendimiento de los empleados públicos. Esto implicará su evaluación y la percepción de las retribuciones complementarias correspondientes que puedan establecerse como compensación del rendimiento o de los resultados obtenidos (artículos 20.1 y 24.c EBEP).

Desde otra perspectiva, la letra c del artículo 40.1 EBEP prevé como competencia específica de los órganos de representación de los funcionarios ser informados de todas las sanciones impuestas por faltas muy graves. La configuración de la función lleva a considerar que la información se debe realizar con posterioridad a la finalización del procedimiento disciplinario y tras la imposición de la sanción por falta muy grave. Así pues, quedan al margen las sanciones impuestas por faltas graves o leves, lo que sin duda plantea la finalidad última de esta facultad, que no puede ser otra que tener noticia del ejercicio del poder disciplinario a efectos de su posible control en los supuestos más graves y que pueden tener consecuencias extremas, como por ejemplo la separación o la suspensión del servicio.¹⁹⁷ En mi opinión, pues, la comunicación deberá expresar la sanción impuesta y la identidad del funcionario sancionado con la consignación de los recursos que puedan interponerse, el órgano ante el que se deben presentar y los plazos para interponerlos.¹⁹⁸ Sin embargo, en circunstancias ordinarias no parece que se espere una intervención de los representantes en el ejercicio de esta potestad más allá del derecho de audiencia que les confiere el artículo 41.1.c EBEP en los expedientes disciplinarios a los que puedan ser sometidos como tales representantes durante su mandato y durante el año inmediatamente posterior.

De todos modos, las solicitudes de información que se puedan plantear a las administraciones públicas del ámbito correspondiente tienen que estar sujetas a unos límites más o menos precisos que debemos enfatizar convenientemente. Estos límites parecen ser los de racionalidad y proporcionalidad y la afectación de derechos de terceros.¹⁹⁹ La racionalidad de la demanda informativa se deberá ponderar en relación con el objeto de la pretensión, que debe ser congruente con el ámbito de funciones de los órganos unitarios de representación y con su finalidad genérica de promoción, protección y defensa de los intereses colectivos de los funciona-

197. Tal como se señala en la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de octubre de 2002, JUR/2003/17441, las juntas de personal solo deben ser informadas en los supuestos de faltas muy graves, pero no en las graves, aunque estas sean acumulativas y continuas.

198. Me aparto en este sentido de la posición manifestada por Roqueta Buj, Remedios, «Los órganos de representación unitaria...», *op. cit.*, p. 502.

199. Tal como se afirma en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de octubre de 2008, JUR/2008/351728.

rios.²⁰⁰ La proporcionalidad de la solicitud planteada deberá situarse en un lógico equilibrio entre la dificultad o complejidad en su elaboración y la utilidad o pertinencia de los datos solicitados.²⁰¹ De este modo, deben considerarse excesivas las demandas de información que resultan indiferentes para las necesidades representativas, demasiado genéricas o imposibles de atender o, simplemente, que exijan esfuerzos excesivos o desproporcionados en su confección y que resulten perjudiciales para el funcionamiento del servicio público.²⁰² Para cerrar esta reflexión, debe hacerse una mención específica a las solicitudes de información sobre datos que deben ser de general difusión o publicación, información de la que se puede tener conocimiento mediante la consulta de los correspondientes medios de difusión o publicación oficial de la administración, lo que parece debilitar el derecho a la información de que es titular el correspondiente órgano de representación.²⁰³

Por otra parte, la consideración de los derechos de terceros nos conduce directamente a la necesidad de equilibrar los derechos de información de los órganos de representación con el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales, teniendo presente que, a la luz de la jurisprudencia constitucional, la protección de datos no se reduce a los datos íntimos de las personas, sino a cualquier tipo de datos de carácter personal, íntimos o no, cuyo conocimiento o utilización por terceros puedan afectar a sus derechos personales.²⁰⁴

En principio, la legislación vigente define los datos de carácter personal como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» y entiende como cesión o comunicación de datos «toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado» (artículo 3 LOPD). Respecto a las

200. La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de julio de 2002, AS/2002/4207, rechaza una solicitud de información que se considera planteada de forma genérica y en la que no se indica cómo puede repercutir la información demandada en las relaciones laborales del ámbito correspondiente.

201. La discusión sobre la proporcionalidad de la información solicitada sobre la base de la finalidad pretendida y a su falta de utilidad para satisfacer esta finalidad es el eje del conflicto sustanciado en la STSJ de Madrid de 3 de marzo de 2011, JUR/2011/283223.

202. La discusión sobre la necesidad de concreción de la demanda de información puede verse en la STSJ de Cataluña de 9 de noviembre de 2009, RJCA/2010/336, que la remite a disposición de medios técnicos e informáticos suficientes para obtener, en un tiempo razonable, la información solicitada. En cualquier caso, una demanda de información no se puede calificar de excesiva o irracional cuando existe una aplicación informática específica en la administración correspondiente que la puede satisfacer, como se sostiene en la STSJ de Madrid de 28 de julio de 2003, JUR/2004/99446. Precisamente, la STSJ de Madrid de 16 de junio de 2009, JUR/2009/368567, utiliza el criterio de «información susceptible de ser suministrada» para valorar la respuesta a una demanda de información. La STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de mayo de 2010, JUR/2010/228418, perfila de una manera adecuada los requisitos de la demanda informativa, que debe ser puntual y concreta, proporcional a la finalidad pretendida y, por último, necesaria para las finalidades propias de los órganos de representación.

203. Como sostiene la STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2011, JUR/2011/283093; los tribunales han rechazado el derecho de los órganos de representación de los funcionarios públicos a recibir una «copia básica» de los nombramientos de funcionarios, de forma parecida a la copia preceptuada en el artículo 8.3.a ET para los contratados laborales, aduciendo que esto no supone ausencia de publicidad por ser exigencia general del acceso a la función pública que todos los nombramientos tengan que respetar el principio de publicidad y deban darse a conocer no solo a los representantes, sino a la generalidad de ciudadanos con la difusión en un periódico público o en un tablero de anuncios de los datos precisos que no afecten a la intimidad personal, como se plantea en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de diciembre de 2002, As/2003/890. Muy gráficamente, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de octubre de 2003, JUR/2004/240345, explicará que «informar» es enterar, dar noticia de algo, y que los órganos de representación deben considerarse «enterados» de los datos solicitados cuando estos han sido previamente publicados.

204. STC 292/2000, 30 de noviembre.

cesiones de datos, se ha establecido que «los datos de carácter personal objeto del tratamiento solo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de los fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el consentimiento previo del interesado» (artículo 11.1 LOPD). De conformidad con este criterio general, es evidente que, como regla general, la cesión de datos de carácter personal requiere el consentimiento expreso de los interesados. Sin embargo, esta regla general se exceptúa cuando la cesión está autorizada por la ley o cuando se trata de datos recogidos de fuentes accesibles al público (artículo 11.2 LOPD). En este sentido es evidente que la satisfacción de determinadas solicitudes de información de los representantes de los trabajadores puede suponer una cesión de datos de carácter personal.

En consecuencia, la cuestión que se debe resolver es si la cesión de datos personales de los empleados públicos de una determinada entidad local puede encontrar cobertura en alguna de las excepciones del artículo 11.2 LOPD. Lógicamente, aquí el factor de juicio serán las competencias de las juntas de personal y de los delegados sindicales; sencillamente, los datos personales de los empleados públicos que puedan cederse a sus representantes sin necesidad de consentimiento serán los que las leyes autoricen en los preceptos legales que establecen las respectivas funciones de las representaciones. En consecuencia, para valorar una posible cesión de datos personales de los funcionarios en función de una solicitud de información habrá que atenerse a la existencia o inexistencia de un precepto legal de autorización. Además, en esta valoración sin duda es diferente la posición de los órganos de representación de la que podemos atribuir a las organizaciones sindicales. A este respecto es conveniente recordar que los órganos de representación son una creación de la ley y tienen las funciones que esta les atribuye directamente, mientras que las secciones sindicales son sujetos titulares del derecho de libertad sindical. Precisamente, la libertad reconocida en el artículo 28.1 CE integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva de todos los medios lícitos y sin injerencia de terceros, y, como ya sabemos, la LOLS otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que el Estatuto de los empleados públicos reconoce a los miembros de los órganos de representación del personal funcionario. De este modo, a través de la remisión del artículo 10.3 LOLS, se reconoce a los delegados sindicales que no formen parte de la junta de personal el derecho a acceder a la misma información que se ponga a disposición del órgano unitario de representación. Por lo tanto, la solicitud de información planteada por un sujeto sindical obliga a relacionar el derecho fundamental a la protección de datos con el derecho fundamental de libertad sindical partiendo de un principio de proporcionalidad y equilibrio, y no en función de un principio de jerarquía que imponga el sacrificio de un derecho en beneficio de otro. En esta dirección, toda solicitud implícita o explícita de cesión de datos personales tendrá que acabar enjuiciándose de acuerdo con los principios de pertinencia y proporcionalidad con-

tenidos en el artículo 4 LOPD. En consecuencia, se exigirá que la cesión de datos solicitados sea susceptible de alcanzar el objetivo propuesto, que ha de estar autorizado por la ley –idoneidad–; se analizará si es necesaria, en el sentido de que no haya otra medida más moderada para la consecución del propósito y de igual eficacia –juicio de necesidad–; finalmente, deberá establecer si la medida es equilibrada, por derivarse de ella mayores beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto –juicio de proporcionalidad en sentido estricto.²⁰⁵

A partir de aquí, se considera rechazable toda cesión de datos personales masiva y generalizada para dar cumplimiento al derecho de libertad sindical, por resultar irracional y desproporcionada, contraria a la protección de datos personales. Sin duda, las administraciones públicas deben poner a disposición de los representantes toda la información y documentación necesaria para que puedan ejercer los derechos de información y consulta que tienen legalmente atribuidos, pero tales funciones no exigen a todos los efectos la cesión de datos personales de los empleados públicos salvo en los supuestos tasados por la ley. Por lo tanto, solo será posible comunicar estos datos en supuestos concretos señalados legalmente o con el consentimiento del interesado, consentimiento que puede darse por otorgado implícitamente cuando previamente el sujeto interesado haya planteado una queja al órgano de representación. Más allá de estos casos específicos y tasados, cuando la cesión de los datos pudiera considerarse una medida imprescindible y justificada para garantizar el cumplimiento de las funciones que la ley reconoce a los representantes, se puede recurrir a una cesión debidamente disociada, de forma que se obtenga la información pero sin que la misma pueda asociarse a una persona identificada o identificable, tal como prevé el artículo 3.f LOPD.

En cualquier caso, con independencia de la posibilidad legal de los representantes de los funcionarios públicos de ser los destinatarios de determinadas cesiones de datos, los delegados sindicales y las juntas de personal tienen la obligación, por el mero hecho de la comunicación, de observar el deber de secreto profesional respecto a los datos y el deber de guardarlos, obligaciones que subsisten incluso tras finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con su responsable. Esta obligación de secreto se prevé con carácter específico en el artículo 41.3 EBEP, que expresamente indica que cada uno de los miembros de la junta de personal, y esta como órgano colegiado, así como los delegados de personal, en su caso, han de observar sigilo profesional en todo cuanto se refiere a los asuntos de los que la administración señale expresamente el carácter de reservado, incluso tras la expiración de su mandato. En todo caso, ningún documento reserva-

205. SSTC 55/1996, de 28 de marzo, 66/1995, de 8 de mayo y 207/1996, de 16 de diciembre.

do entregado por la administración puede ser utilizado fuera del estricto ámbito de la administración para fines distintos de los que motivaron su entrega, teniendo presente que este deber de sigilo profesional se extiende a los delegados sindicales por el artículo 10.3 LOLS.

En suma, podemos llegar a las siguientes conclusiones: *a)* al efecto se considera rechazable toda solicitud de información que suponga una comunicación consistente en una cesión de datos personales masiva y generalizada; *b)* en supuestos tasados se acepta una cesión de datos personales siempre que esté expresamente habilitada por la ley o consentida por el funcionario; *c)* para garantizar el cumplimiento estricto de las funciones que la ley atribuye a las representaciones de los empleados públicos, siempre que sea necesario se puede recurrir a una cesión disociada de datos personales; *d)* los miembros de los órganos unitarios y los delegados sindicales están obligados al sigilo profesional respecto a los datos personales que conozcan por razón de su representación y a utilizarlos única y exclusivamente para la finalidad para la que fueron cedidos.

Lógicamente, estos condicionamientos que se deducen de la necesidad de equilibrar dos derechos fundamentales en presencia –el derecho a la protección de datos y el derecho de libertad sindical–, se exigirán con más rigor cuando el sujeto solicitante de la cesión de datos personales sea un órgano unitario, institución del Estatuto de los funcionarios públicos, creación de la ley, y que tiene estrictamente las funciones que la ley le encomienda, que, como hemos visto, respecto a los derechos de información, se definen hoy por hoy de modo general e inespecífico.

A ello se añade que el déficit estructural de construcción del sistema de representación de los empleados públicos plantea un problema adicional que tiene una indudable importancia. Para introducir esta cuestión, debemos recordar que el Estatuto de los empleados públicos no contiene un precepto similar al artículo 64.9 ET, en el que se prevé expresamente que los convenios colectivos podrán establecer disposiciones específicas relativas al contenido y a las modalidades del ejercicio de los derechos de información y consulta; convenios colectivos que, según el artículo 3 ET, se configuran como fuentes de la relación laboral que regulan sus derechos y obligaciones. De todo ello debe deducirse que, prevista expresamente en una norma con rango de convenio colectivo, una comunicación legítima de datos encontraría cabida en el artículo 11.2.c LOPD, donde se prevé que el consentimiento de los interesados no es necesario cuando el tratamiento de datos responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implica necesariamente la conexión del tratamiento mencionado con ficheros de terceros. Tal planteamiento tiene dificultades de traslación al ámbito público, en el que las leyes no reconocen expresamente la posibilidad de que los acuerdos colectivos amplíen el contenido o determinen las modalidades de ejercicio de los derechos de información y consulta de los representantes de los funcio-

narios públicos, ámbito público donde, además, los acuerdos colectivos forman parte del Estatuto de los funcionarios y a todos los efectos deben considerarse normas propias de este estatuto, con independencia de que su obtención vaya precedida de un proceso de negociación. De ahí que las cesiones de datos que tengan como fundamento un acuerdo colectivo puedan chocar con dificultades adicionales.²⁰⁶

En todo caso, los criterios expuestos se pueden desprender sin esfuerzo de diferentes recomendaciones e informes de las autoridades de protección de datos, como pueden ser la Recomendación 1/2006, de 3 de abril, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, los informes de la Agencia Española de Protección de Datos del año 2000, sobre cesión de datos a los representantes sindicales de los trabajadores, y los informes 85/2008, 91/2010, 137/2010, 154/2010 y 196/2010.²⁰⁷ Con todo, estas posiciones reciben un apoyo importante en el ATC 29/2008, de 28 de enero, en que se plantea la cuestión de las relaciones entre el derecho a la libertad sindical, por un lado, y el derecho a la protección de datos o libertad informática, por otro, cuestión que en este caso se enmarca en el ámbito de la defensa de los derechos e intereses legítimos de los funcionarios, más concretamente en la aplicación del artículo 9 LORAP, que permite a los representantes de los empleados públicos acceder, a todos los efectos, al conocimiento de las cantidades que percibe cada funcionario por complemento de productividad, con la finalidad última de poder, de este modo, ejercitar las acciones oportunas si se advierten irregularidades en la distribución de los fondos públicos o en la asignación de estos complementos a unos empleados públicos en detrimento de otros. El TC concluye que el precepto mencionado no incorpora en el contenido de esta facultad el conocimiento de todos los datos de las situaciones profesionales de los empleados públicos, es decir, no se prevé expresamente la hipótesis del suministro de una información generalizada e indeterminada de todos los aspectos relativos a la lista de puestos de trabajo de un determinado organismo público, ni mucho menos, de determinados datos que afecten a las situaciones personales e individuales de todos y cada uno de los funcionarios públicos que los ocupen.²⁰⁸

206. La doctrina es reticente a reconocer que las normas colectivas puedan asignar a la representación unitaria o sindical un derecho a conocer datos personales para llevar a cabo sus funciones legales, dado que este posible reconocimiento supondría una minoración del derecho fundamental a la protección de datos de los trabajadores, como sostiene Cuñan López, Rodrigo, «El tratamiento por los representantes de los trabajadores y por las organizaciones sindicales de los datos personales de los trabajadores: entre lo fácticamente posible, lo socialmente conveniente y lo jurídicamente aceptable», *Revista Española de Protección de Datos Personales*, 1, 2006, p. 217.

207. Para una expresión detallada de la posición de las autoridades de protección de datos en esta materia, se puede acudir a la Agencia Española de Protección de Datos, Guía de la protección de datos en las relaciones laborales, p. 34-43. Disponible en http://www.agpd.es/Guias/Guia_RelacionesLaborales.pdf

208. Encontramos una aplicación directa de este pronunciamiento en la STSJ de Andalucía, Granada, de 16 de junio de 2008, JUR/2009/32023.

Dejando a un lado esta cuestión, es muy cierto que las normas sobre representaciones de los funcionarios públicos no contienen referencia alguna a las modalidades precisas que debe tomar el derecho de información. Hay que recordar que, según el artículo 4.3 de la Directiva 2002/14/CE, la información se facilitará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de modo que, en particular, permita a los representantes de los trabajadores someterla a un examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta; de manera paralela, el artículo 64.6 ET nos dice que el empresario debe facilitar la información al comité de empresa, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, que permitan a los representantes de los trabajadores proceder a su examen adecuado y preparar, en su caso, la consulta y el informe.

Sin embargo, nuestra jurisprudencia insiste en algunos aspectos importantes relacionados con la practicidad del derecho a la información, información que debe ser previa y oportuna, referida al objeto de la facultad o de la pregunta, de modo que la función representativa pueda desplegar toda su efectividad y permitir el conocimiento y la valoración de la actuación gestora de la administración pública del ámbito correspondiente.²⁰⁹ Aun cuando no existe un pronunciamiento expreso de nuestra legislación sobre este aspecto, parece que la información debe ser proporcionada por la administración pública correspondiente, debe ser completa e inteligible y se debe trasladar por escrito, con constancia expresa de su recepción por parte de los órganos de representación.²¹⁰ En definitiva, la información facilitada debe permitir tener un conocimiento formal de los datos o informaciones concretas, una adecuada explicación de las normas que son objeto de aplicación y una descripción del proceso lógico de por qué, cómo y en qué condiciones se realiza la actividad de la administración.²¹¹

Con respecto a los efectos jurídicos del incumplimiento del deber de información, debe tenerse presente que nuestra doctrina judicial parece oscilar entre dos posiciones. La primera se limita a reconocer a los órganos de representación un derecho a tener conocimiento de los datos establecidos legalmente, pero tal derecho no lleva aparejada la nulidad de una disposición adoptada con un contenido sustantivo sin la satisfacción de la carga de información; simplemente, comporta

209. Como se afirma en las SSTSJ de Cantabria de 22 de diciembre de 2006, JUR/2007/82805, y de Castilla y León, Burgos, de 10 de octubre de 2008, JUR/2008/351728. La STSJ de Galicia de 25 de octubre de 2005, AS/2006/27, recuerda que se vulneran los derechos de los representantes cuando se reciben respuestas que solo de forma tangencial abordan el objeto de la pregunta, y en algunos supuestos cuando se responde a la petición de información varios meses después de su emisión, haciendo de este modo inútil o extemporánea la respuesta. En esta misma dirección, conviene recordar la STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 1999, RJCA/1999/5205, cuando advierte que no son pertinentes las respuestas genéricas y faltas de concreción a demandas de información susceptibles de respuesta con absoluta precisión por versar sobre cantidades.

210. Discrepo, por tanto, de pronunciamientos como el contenido en la STSJ de Asturias de 19 de diciembre de 2003, JUR/2004/67985, que entiende satisfecha una determinada demanda de información por la remisión a la puesta a disposición del expediente en la unidad de personal. De manera semejante, la STSJ de Murcia de 13 de febrero de 1997, AS/1997/371, considera satisfecho el derecho a la información con la puesta a disposición de los datos existentes en los archivos de la unidad de personal para que los representantes de personal puedan reconstruir por sí mismos la información en la forma sistemática y extensión trienal solicitada.

211. STSJ de Asturias de 30 de marzo de 2009, JUR/2009/479974.

el reconocimiento del derecho a obtener información pero no la anulación de la decisión.²¹² En otros supuestos nos hallamos frente a la existencia de una denegación formal o presunta de una solicitud de información, denegación que es anulada y revisada por la instancia pertinente con el reconocimiento del derecho a recibir la información y la correspondiente imposición de la carga de dar respuesta y proporcionar la información solicitada.²¹³ Una variante de esta última posición consiste en el reconocimiento del derecho a recibir la información solicitada, aunque modalizando esta facultad, imponiendo a la administración, por ejemplo, el deber de satisfacer el principio de publicidad pero respetando el derecho a la intimidad de las personas afectadas mediante la disposición de una información disociada.²¹⁴

5.2. Las funciones de consulta

El artículo 40.1 EBEP, en su párrafo *b*, asigna a los órganos de representación de los funcionarios la facultad de emitir informe, a solicitud de la administración pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones y la implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo, y, en su párrafo *d*, la de tener conocimiento y ser escuchados sobre el establecimiento de la jornada laboral y el horario de trabajo, así como sobre el régimen de vacaciones y permisos. En todo caso, estas materias deben completarse con otros supuestos de consulta previstos legal o reglamentariamente. El mismo artículo 41.1.c EBEP reconoce el derecho de las representaciones de los funcionarios públicos a la audiencia en los expedientes disciplinarios a que puedan ser sometidos sus miembros durante el tiempo de mandato y durante el año inmediatamente posterior, mientras que el artículo 20.2.e LMRFP confiere a la junta de personal del ámbito correspondiente el derecho a ser escuchada en la remoción por causas sobrevenidas de los funcionarios que acceden a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso.²¹⁵

La consulta presupone un derecho de participación activa de los órganos de representación de los funcionarios en la formación de la decisión administrativa.

212. Como se afirma en la STSJ de Madrid de 2 de abril de 2004, JUR/2006/210050. Aun así, existe algún precedente en el que se anula la decisión adoptada por vulneración del derecho a la libertad sindical, y se reconoce el derecho del sindicato a que le sea proporcionada la información solicitada, como puede verse en la STSJ de Madrid de 28 de julio de 2003, JUR/2004/99446.

213. SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de octubre de 1999, RJCA/1999/5205, de Cantabria de 22 de diciembre de 2006, JUR/2007/82805, de Murcia de 19 de febrero de 2007, JUR/2007/138479, de la Comunidad Valenciana de 3 de junio de 2009, JUR/2009/331345, de Cataluña de 9 de noviembre de 2009, RJCA/2010/336.

214. Como se plantea en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 19 de diciembre de 2002, As/2002/890.

215. Según el artículo 1.3 LMRFP, este precepto se considera una base del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Asimismo, esta norma, que resulta afectada por la disposición derogatoria única del EBEP, debe considerarse transitoriamente en vigor hasta que, de acuerdo con la disposición final cuarta del mismo EBEP, se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo.

Concretamente, este derecho implica la existencia de un trámite de audiencia de los representantes de los funcionarios en el que se permite el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes y la administración. Además, se entiende que la facultad de consulta incorpora implícitamente la obligación de solicitar un informe y el derecho de emitirlo basándose en la consideración de la información facilitada sobre el objeto de la consulta.

La consulta se considera preceptiva, pero se reconoce también el carácter no vinculante de los informes producidos. Sin embargo, la emisión de la opinión de los representantes comporta una obligación de escucha activa y de toma en consideración del dictamen que el órgano de representación tiene derecho a formular, con la finalidad de tratar las eventuales discrepancias y con la voluntad de llegar a un acuerdo, y en última instancia genera el derecho a obtener una respuesta justificada sobre las causas que llevan a la administración a mantener los aspectos esenciales de su decisión.²¹⁶

De todas maneras, la consulta se realiza en beneficio de los intereses que institucionalmente representan los delegados y las juntas de personal, que no son otros que los intereses colectivos de los funcionarios del correspondiente ámbito. En este sentido, lo que otorga carácter a la consulta es la existencia en un procedimiento de intereses contrapuestos o conflictivos respecto a cuya armonización hay un interés mutuo. De ahí que la consulta permita y facilite el establecimiento de un contexto de colaboración que incentiva la disminución de los conflictos por medio de un procedimiento que sin duda objetiva la decisión de la administración y la dota de coherencia y eficacia. Con ello se permite implicar a los representantes en la adopción de las decisiones, se posibilita la consideración de medidas alternativas y se facilita la advertencia de presuntas irregularidades o de aspectos que no se ajustan a derecho.²¹⁷

Sin duda, el derecho de consulta mantiene una estrecha relación con el derecho de información, de manera que la consulta se produce basándose en una información proporcionada y de hecho habilita las correspondientes competencias informativas –derecho a informarse– con el fin de poder emitir una opinión fundamentada. En realidad, se puede afirmar que entre consulta e información no hay una separación formal. Más aun: información y consulta son derechos de ejercicio simultáneo o sucesivo. Podríamos decir que toda consulta debe ir acompañada de una información apropiada y próxima en el tiempo que permita a los representantes proceder al examen adecuado y preparar la consulta. Contrariamente, no toda in-

216. Conviene recordar que el artículo 4.4 de la Directiva 2002/14/CE nos dice que la consulta se efectuará de acuerdo con las informaciones proporcionadas por el empresario y el dictamen que los representantes de los trabajadores tienen derecho a formular, de forma que permita a los representantes de los trabajadores reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada a su eventual dictamen, a fin de llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario.

217. En esta dirección, López Ahumada, José Eduardo, «El derecho de consulta previa como instrumento de control colectivo del poder de dirección», en Escudero Rodríguez, Ricardo (coordinador), *El poder de dirección del empresario: nuevas perspectivas*, Madrid, La Ley, 2005, p. 321-323.

formación o suministro de datos habilita una fase de consulta, sobre todo si la información se facilita a efectos del correcto ejercicio de las facultades de control.

Un concepto amplio del derecho de consulta puede llevar implícita una cierta capacidad de negociación; simplemente, la práctica de la función consultiva puede derivar hacia la obtención de acuerdos, dado que en el proceso de intercambio de opiniones la posición de los representantes del personal funcionario puede ser conocida, matizada y tenida en cuenta a efectos de la correspondiente resolución, de forma que el resultado de la consulta puede terminar incorporándose al contenido material de una decisión administrativa, que desde una perspectiva formal se presenta como una decisión unilateral.

Debe tenerse en cuenta que hablar de una única función o competencia consultiva puede ser ilusorio. El derecho de consulta puede encontrar diferentes formas de expresión: informe, dictamen, consultas conjuntas o examen conjunto, consulta previa o consultas con el fin de llegar a un acuerdo. En todas estas manifestaciones concurren los elementos fundamentales del derecho de consulta, es decir, el derecho de los representantes a influir en la decisión de la administración a través del intercambio de opiniones, el diálogo y la correlativa obligación de la administración de tener en cuenta en la toma de decisiones el parecer de los órganos de representación. En definitiva, la consulta representa un esfuerzo común de convergencia entre intereses que pueden ser distintos e incluso contradictorios, bajo el principio de la buena fe y con la voluntad de alcanzar una buena decisión administrativa.

Si analizamos ahora las materias sometidas al trámite de consulta previa a los representantes de los funcionarios, comprobamos que el primer supuesto de consulta prevista en el artículo 40.1.b EBEP se refiere a la facultad de emitir informe, a solicitud de la administración pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo. La conformación legal del precepto plantea dudas acerca del alcance de tal facultad. Sobre esta competencia se han sostenido dos tesis de naturaleza divergente. La primera entiende que este precepto, que parece abrir una consulta potestativa por parte de la administración, debe considerarse constitutivo de una verdadera obligación de consulta, con el argumento de que la administración como tal no necesita una habilitación legal especial para solicitar el informe de un determinado sujeto u órgano de representación de personal, y concluyendo que la expresión «a solicitud de la administración pública correspondiente» es notoriamente ambigua y carente de efectos prácticos, indicativa de la obligación administrativa de solicitud del informe pertinente que el mismo precepto señala como facultad de la representación.²¹⁸ Esta primera interpretación debe sin embargo considerarse cuestionada por otros autores y por la misma doctrina judi-

218. Cruz Villalón, J, «Juntas y delegados de Personal...», *op. cit.*, p. 107.

cial que ha terminado afirmando que la facultad de emitir informe se condiciona literalmente en el texto legal a la previa solicitud de la administración, planteamiento del que se deduce, sin un particular esfuerzo interpretativo, que dicho informe no es preceptivo, sino facultativo para una administración que puede acabar solicitándolo o no, en función de criterios de conveniencia y oportunidad.²¹⁹

El objeto de esta denominada consulta potestativa incluye en primer lugar el traslado total o parcial de las instalaciones, por lo que la finalidad última de esta facultad toma como referencia, no el traslado de las personas, sino el de los elementos físicos que constituyen el centro de trabajo, noción que resulta difícil de determinar en el sistema de función pública y que en este supuesto concreto entendemos que se debe referir a cualquier cambio o modificación que signifique trasladar o mudar una oficina pública, unidad administrativa o centro directivo de un lugar a otro, teniendo en cuenta que la legislación vigente no prevé distinción respecto a distancias o municipios, a la provisionalidad o permanencia de la situación, y el derecho de consulta está previsto si el traslado es total o parcial.²²⁰

El segundo ámbito de consulta potestativa se refiere a la implantación o revisión de los sistemas de organización y métodos de trabajo de la administración pública correspondiente. En principio, la consulta resulta oportuna cuando la administración procede a implantar un sistema de organización del trabajo o un nuevo método de trabajo, o bien a revisar los ya existentes. Conviene poner énfasis sobre el hecho objetivo de que la norma se refiere a sistemas de organización o métodos «de trabajo». Así pues, no se cuestionan aquí las facultades de organización de la administración sobre la determinación o especificación de los servicios a realizar o sobre la elección de una modalidad de gestión de un determinado servicio, todo ello sin perjuicio de que el hecho objetivo de su adopción pueda activar otras facultades de participación o negociación de los representantes de los empleados públicos.²²¹ Más aun: parece que la referencia exacta de este tipo de actividades debe hacerse a la manera de utilizar las prestaciones de servicio que se derivan de la relación de función pública, teniendo presente que este espacio en el sistema de función pública se ve disminuido por la determinación de la estructura profesional a través de un sistema de cuerpos y escalas y por la especificación funcional que representa el sistema de clasificación de puestos de trabajo que debe ser objeto de negociación.²²² Por lo tanto, resulta difícil encontrar un ámbito apro-

219. Del Rey Guanter, Salvador, *Comentarios a la Ley de Órganos...*, op. cit., p. 92-93. En esta dirección va el posicionamiento de la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 14 de mayo de 1997, AS/1997/4526.

220. A este respecto, la STS de 16 de febrero de 1996, RJ/1996/1520.

221. En esta dirección, conviene recordar que el artículo 37.2.a EBEP habilita una verdadera competencia negocial sobre las consecuencias de las decisiones de las administraciones públicas que, afectando a sus potestades de organización, tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

222. El artículo 37.1.c EBEP nos dice que serán objeto de negociación los sistemas de clasificación de puestos de trabajo.

piado a esta clase de facultad que, a mi entender, debe quedar reservada al diseño y organización del trabajo y, por consiguiente, a las formas de organización del trabajo, que ordinariamente tendrán un determinado impacto sobre el conjunto de condiciones de trabajo de los funcionarios, como pueden ser el lugar de la prestación, las retribuciones complementarias relacionadas con el rendimiento o la ordenación del tiempo de trabajo, que de acuerdo con la legislación básica de empleo público deben ser objeto de negociación.²²³ Con todo, parece existir un espacio a considerar para este tipo de facultad como pueda ser el cambio de tecnologías en el sistema de trabajo, los cambios de fórmulas organizativas en los equipos de trabajo, la implantación de formas flexibles de organización del trabajo, los procesos de ampliación, enriquecimiento de tareas y rotación de puestos de trabajo, la posible constitución de grupos semiautónomos o la implantación de las denominadas fórmulas de organización ligera, todos ellos, al fin y al cabo, sistemas de organización de trabajo y de introducción de nuevos métodos de trabajo que deberán ser objeto de consulta.²²⁴

Si a pesar de lo anterior esta facultad puede tener hoy algún grado de incidencia en el sistema de función pública, este derivaría de su posible impacto en la función de control en la prestación de servicios. Sin embargo, aquí conviene subrayar la diferencia sustancial que se da entre estas competencias y las competencias similares previstas en la legislación laboral, que dibujan como objeto de consulta obligatoria «la implantación y revisión de los sistemas de organización y control de trabajo, estudios de tiempo, establecimiento de sistemas de primas e incentivos y valoración de puestos de trabajo». Por lo tanto, en el sistema de función pública la implantación de un sistema de control del trabajo no debe ser objeto de consulta, lo que supone dejar fuera de la intervención de los representantes de los funcionarios públicos, por ejemplo, temas tan importantes como la adopción y aplicación de medios audiovisuales e informáticos de control.²²⁵

Formalmente, la facultad más incisiva de los órganos de representación de los funcionarios públicos se proyecta en el artículo 40.1.d EBEP, sobre ordenación del tiempo de trabajo. Este precepto prevé un derecho de información y audiencia –tener conocimiento y ser oídos– en el «el establecimiento de la jornada laboral y

223. La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 8 de octubre de 1992, As/1992/4774, es ilustrativa de cómo un cambio en la organización del trabajo produce automáticamente una serie de consecuencias en el sistema de turnos, guardias y retribuciones, lo que presupone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que debe ser objeto de aceptación por la representación de los trabajadores.

224. En esta dirección, véase Alcaide Castro, M., *Las nuevas formas de organización del trabajo*, Madrid, Akal, 1982; Almedros González, Miguel Ángel, *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Sevilla, CARL, 2002.

225. Sobre esta tipología de medios de control en las relaciones laborales remitimos al trabajo de Martínez Fons, Daniel, *El poder de control del empresario en la relación laboral*, Madrid, CES, 2002, p. 67-263. Un supuesto concreto de este tipo es el relativo a la instalación de cámaras de videovigilancia en una dependencia administrativa que se resuelve en la SJCA nº 1 de Guadalajara, de 5 de noviembre de 2007, JUR/2008/110568, sin entrar en las cuestiones de procedimiento y participación de la representación de personal. En un caso parecido el tema se resuelve con una información previa a la junta de personal y al comité de empresa, como se puede ver en la STSJ de La Rioja de 15 de junio de 2010, JUR/2010/267085.

horario de trabajo, así como en el régimen de vacaciones y permisos». Con todo, esta función debe relativizarse si se tiene en cuenta que la materia «calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos» debe ser objeto de consideración en la correspondiente mesa de negociación, de conformidad con la previsión expresa del artículo 37.1.m EBEP. Cuestión distinta es que se pueda llegar a entender que el objeto de la negociación es normativo, es decir, la creación de normas y criterios generales sobre las distintas materias que integran la ordenación del tiempo de trabajo de los funcionarios públicos de una determinada administración, mientras que la facultad de la junta de personal se debe proyectar sobre supuestos concretos relativos a la fijación, por ejemplo, de un determinado sistema de guardias de presencia, de un horario de trabajo en un centro o unidad administrativa de referencia, a la activación de la correspondiente disponibilidad horaria en supuestos regulados por acuerdos colectivos pero pendientes de concreción en función de hechos circunstanciales o, simplemente, en el caso concreto de la aprobación del plan de vacaciones de un determinado servicio.²²⁶

Como hemos dicho, estas materias deben completarse con otros supuestos de consulta legalmente previstos. El mismo artículo 41.1.c EBEP reconoce el derecho de las representaciones de los funcionarios públicos a la audiencia en los expedientes disciplinarios a los que puedan ser sometidos sus miembros durante el tiempo de mandato y durante el año inmediatamente posterior.²²⁷ Del mismo modo, el artículo 20.2.e LMRFP reconoce a la junta de personal del ámbito correspondiente el derecho a ser escuchada en la remoción por causas sobrevenidas de los funcionarios que acceden a un puesto de trabajo por el procedimiento de concurso.²²⁸

226. Como sucede en la STSJ de Asturias de 7 de noviembre de 2003, JUR/2004/57203, para un supuesto concreto de guardias de presencia física en un centro de salud; en la STSJ de Cataluña de 22 de octubre de 2004, JUR/2005/17501, sobre la implantación de un horario en un centro penitenciario concreto; la interposición del informe de la junta de personal en supuestos concretos de prolongaciones excepcionales en la prestación de los servicios se puede ver en la STSJ de las Islas Canarias de 26 de enero de 2007, JUR/2007/156591, mientras que la STSJ de Asturias de 20 de marzo de 2006, JUR/2006/148728, se refiere a la necesidad de informe previo del calendario de vacaciones del servicio de policía local.

227. La disposición adicional primera del Real decreto 33/1986, de 19 de enero, por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la administración del Estado, prevé que, cuando se incoe un expediente disciplinario a un funcionario que tenga la condición de delegado sindical, delegado de personal o cargo electivo en el ámbito provincial, autonómico o estatal en las organizaciones sindicales más representativas, deberá notificarse dicha incoación a la correspondiente sección sindical, junta de personal o central sindical, según proceda, a fin de que puedan ser escuchadas durante la tramitación del procedimiento. Esta notificación deberá realizarse asimismo cuando la incoación del expediente se practique dentro del año siguiente al cese del inculcado en alguna de las condiciones enumeradas en el párrafo anterior. También deberá efectuarse si el inculcado es candidato durante el período electoral. Casi literalmente, este precepto se recoge en la disposición adicional primera del Decreto 243/1995, de 27 de junio, por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de la función pública de la administración de la Generalitat de Cataluña y en el artículo 279 del Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento del personal al servicio de las entidades locales de Cataluña. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2001, JUR/2001/280323, considera que se puede subsanar la falta de notificación de la incoación del expediente disciplinario a la junta de personal mediante la notificación de la propuesta de resolución.

228. Debe tenerse en cuenta que la facultad se reconoce por el hecho objetivo de la remoción de los puestos de trabajo obtenidos por concurso, aunque dicha remoción se produzca como fruto de la amortización del puesto de trabajo, como puede verse en la STSJ de La Rioja de 26 de mayo de 1999, RJCA/1999/1332, o como fruto de la aprobación de una nueva relación de puestos de trabajo, en la cual el puesto deba ser provisto por libre designación; precisamente en esta dirección va la STSJ de Galicia de 29 de junio de 2007, JUR/2008/340726.

Como nos dicen los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/14/CE, la consulta es el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario, en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, al nivel pertinente de dirección y representación, en función del tema tratado, que se desarrollará con arreglo a las informaciones proporcionadas, que han de permitir a los representantes de los trabajadores emitir el dictamen que tienen derecho a formular, reunirse con el empresario y obtener una respuesta justificada o llegar a un acuerdo sobre las decisiones que se encuentren dentro de las potestades del empresario. En esta dirección, el artículo 64.1 ET dice que por consulta debe entenderse el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y el órgano de representación sobre una cuestión determinada, incluyendo, en su caso, la emisión de informe previo a la ejecución de las decisiones del empresario por parte de dicho órgano de representación. Esta norma se debe completar con la previsión del párrafo 6 del mismo precepto, que, al referirse a las modalidades prácticas de la consulta, determina que esta debe realizarse en un momento y con un contenido apropiado, en el nivel de dirección y representación correspondiente, y de forma que permita a los representantes de los trabajadores, sobre la base de la información recibida, reunirse con el empresario, obtener una respuesta justificada a su eventual informe y poder contrastar sus puntos de vista u opiniones con objeto, en su caso, de poder llegar a un acuerdo, todo ello sin perjuicio de las facultades reconocidas al empresario para la toma de las correspondientes decisiones. De todos modos, se subraya que la consulta debe permitir que el criterio del órgano de representación pueda ser conocido por el empresario a la hora de adoptar o ejecutar las decisiones, y desde una perspectiva formal se señala que los informes que deba emitir el comité de empresa tendrán que elaborarse en el plazo máximo de quince días desde que hayan sido solicitados y remitidas las informaciones correspondientes.

Dejando de lado el déficit regulativo ya constatado en el dibujo de las modalidades prácticas de los derechos de participación de los órganos de representación de los funcionarios públicos, podemos entender que en el ámbito administrativo la consulta/informe se configura como un procedimiento participativo particular que se debe insertar en el procedimiento principal de producción de la decisión administrativa.²²⁹ De hecho, el procedimiento de consulta tiene que abrirse a través de la correspondiente dación de información y petición de informe, que constituye la premisa indispensable para activar la función consultiva.²³⁰ Esta petición debe de-

229. Por lo tanto, la consulta es una actividad que debe entenderse previa o de carácter previo a la concreción de la decisión administrativa, como sostiene la STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2001, JUR/2001/168975. En la misma dirección, la STSJ de Asturias, de 7 de noviembre de 2003, JUR/2004/57203, señala que la exigencia de realización de consulta no puede entenderse cumplida con la mera notificación a los representantes de la decisión que se haya adoptado aunque no se haya procedido a su ejecución.

230. Petición que debe cumplir los requisitos formales de las comunicaciones administrativas para producir los efectos propios de la notificación, con lo que no puede considerarse pertinente una solicitud formulada por vía telefónica, como se puede deducir de la STSJ de Asturias de 14 de diciembre de 2000, RJCA/2000/2762.

limitar objetivamente el contenido de la consulta, haciendo constar en ella los puntos que serán objeto de análisis y contraste y, en su caso, de posible acuerdo. Por otra parte, en la petición de consulta se deben manifestar las causas que fundamentan la necesidad de consulta con un enunciado expreso de los preceptos que así lo determinan. Finalmente, el órgano consultante señalará en la solicitud de informe el plazo que se establece para su emisión. Dada la falta de concreción de este plazo en la legislación de la función pública, se podrá aplicar por analogía el de 10 días previsto para la producción de informes en el artículo 83.2 LRJAPC o el de no inferior a 10 días ni superior a 15 días señalado por el trámite de audiencia a los interesados que determina el artículo 84.2 LRJAPC.

Naturalmente, se debe reconocer al órgano de representación cierta capacidad para llevar a cabo cuantas actuaciones considere necesarias para formarse una opinión y emitir el correspondiente dictamen. Esto incluye, sin duda, la posibilidad de solicitar a la administración pública del ámbito correspondiente una información complementaria o aclaraciones sobre la información recibida, es decir, la obtención de la información necesaria para un correcto ejercicio de la función consultiva.²³¹ Del mismo modo, debe reconocerse al órgano de información cierta capacidad de encuesta entre los empleados de la administración pública correspondiente con la finalidad de dotar de mayor fundamentación y legitimidad a sus opiniones y propuestas.

En todo caso, el informe lo produce el órgano de representación.²³² Por lo tanto, se debe tener en cuenta una serie de garantías formales en su actuación. Ello significa que la comunicación se ha de dirigir a la junta de personal como órgano, y esta es en sí misma un órgano virtual de participación que debe sujetarse a las reglas establecidas en su reglamentación para la válida producción de acuerdos.²³³ En esta dirección, sin duda la formación de voluntad de los órganos de representación está sujeta a las reglas de deliberación, previa la oportuna convocatoria y fijación del orden del día; todos los miembros convocados deben tener la oportunidad de expresar su parecer y, una vez finalizado el correspondiente debate, acudir a la pertinente votación para configurar un acuerdo que reciba el apoyo mayoritario de sus miembros. De hecho, el acuerdo o la decisión así adoptada se integrará en el pertinente informe, que se trasladará a la administración a través del acto de comunicación correspondiente.

231. La STSJ de Asturias de 20 de marzo de 2006, JUR/2006/148728, advierte que la facultad de tener conocimiento y ser oídos constituye para la administración una inequívoca obligación de informar y dar audiencia a los órganos de participación de los trabajadores públicos.

232. Lógicamente, las facultades que las leyes atribuyen a los órganos de representación no se pueden tener por ejercidas cuando la administración resuelve dirigirse *per saltum* a los propios trabajadores, como se desprende de la STSJ de País Vasco de 22 de octubre de 2004, JUR/2005/17501.

233. La comunicación de la información y la petición de consulta debe realizarse al órgano de representación y no a determinados funcionarios que ostentan la condición de miembros de la junta de personal, tal como puede verse en la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas, de 26 de enero de 2007, JUR/2007/156591.

Conviene destacar que la emisión del dictamen oportuno, a la luz de las directivas comunitarias, no finaliza el procedimiento participativo. De hecho, este dictamen o parecer abre la necesidad de una reunión que permita un examen conjunto del tema planteado –contraste de opiniones y puntos de vista– y una respuesta justificada a las cuestiones observadas en el correspondiente informe o, si procede, la obtención de un acuerdo sobre las materias que se hayan mostrado conflictivas; solo de este modo se agota el trámite de informe y consulta, que se puede dar con sucesión de continuidad.

Incluso así, es posible que el órgano de representación no emita el informe o no lo haga en el plazo establecido. Se da entrada así a los problemas ligados al tratamiento del silencio o la inactividad formal de los órganos de consulta que se debe sustanciar con la previsión establecida en el artículo 83 LRJAP, en el que se señala que, si el informe no se emite en el plazo señalado, pueden proseguir las actuaciones.

Dejando a un lado el contenido del informe y su extensión y formulación, conviene subrayar la importancia que adquieren su fundamentación y su estructura. La congruencia y racionalidad del juicio emitido constituyen un requisito esencial del informe, dado que su finalidad reside precisamente en la emisión de un juicio cualificado que puede ilustrar la defensa de una posición a efectos de incorporación en la resolución final o puede determinar la relevancia de un aspecto especialmente conflictivo de una decisión administrativa. Por lo tanto, la importancia de este juicio reposa, principalmente, en la seriedad de los argumentos que le dan consistencia y en su ajuste a la demanda informativa. En consecuencia, no pueden denominarse informe los pronunciamientos de los órganos de representación en los que no se exponen las razones del juicio o criterio emitido y que se dedican exclusivamente a la crítica de la medida propuesta sin otro fundamento o bien a proponer vías distintas de intervención sobre la actividad de la administración que presuponen una reconsideración del sistema de participación utilizado.²³⁴

Alternativamente, la necesidad de seriedad y consistencia del juicio emitido para garantizar su existencia se hace patente si se advierte que toda resolución o decisión administrativa deberá tener en cuenta la consideración de su contenido. La respuesta justificada a un eventual dictamen de las representaciones, que se constituye en una obligación en la directiva comunitaria sobre derechos de información y consulta, es una necesidad impuesta legalmente en el procedimiento administrativo. El artículo 54 LRJAP señala expresamente la necesidad de motivar, con referencia sucinta de hechos y fundamentos de derecho, los actos que se separan del dictamen de órganos consultivos. Por tanto, el órgano decisorio de la administración pública correspondiente deberá expresar los motivos que le llevan a disentir del in-

234. Como sostiene la STSJ de Aragón de 26 de enero de 2009, JUR/2009/295430.

forme y adoptar otra decisión. Ciertamente, la resolución finalmente adoptada podrá apartarse de la opinión dada por el órgano de representación, pero esto exigirá la realización de un esfuerzo argumentativo en el que habrá que exponer los motivos que sustentan esta divergencia de planteamientos y, en última instancia, la decisión final. Del mismo modo, la consulta puede producir el efecto de modificar la decisión administrativa, sin que los órganos de representación tengan derecho a sucesivos trámites de audiencia basados en la existencia de diferentes borradores de la propuesta pública; precisamente lo que pretende el trámite de audiencia a los interesados es que estos se posicionen ante una determinada decisión en aspectos determinados sobre su legalidad, acierto y oportunidad, pero ello no los convierte en coautores de la resolución, ni les confiere tampoco un derecho a la última palabra o a que las modificaciones que se producen en un texto tengan que ser conocidas en sucesivos trámites e informadas tras cada uno de ellos.²³⁵

Este análisis sobre las competencias de información y consulta de los órganos de representación de los funcionarios públicos quedaría incompleto si no analizáramos brevemente las consecuencias jurídicas derivadas del no cumplimiento de la obligación de facilitar la pertinente información y solicitar la consulta correspondiente. Y aquí volvemos a encontrarnos con una diferencia sustancial en función del sujeto titular del derecho de participación. El planteamiento es simple: cuando la facultad se predica directamente de las organizaciones sindicales estamos ante una manifestación del derecho fundamental de libertad sindical; lógicamente, tratándose de un requisito relacionado con el ejercicio de un derecho fundamental, la falta de solicitud de informe o la irregularidad en la integración del procedimiento de información y dictamen se revela como un atentado a dicho derecho y la omisión de un trámite esencial del procedimiento que puede incardinarse en el artículo 62.1.a y e LRJAP y producir la nulidad de pleno derecho del acto administrativo lesivo para el derecho de libertad sindical, dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.²³⁶

El tema puede plantearse también de manera distinta cuando el titular del derecho es un órgano de representación unitario. Aquí conviene recordar que tradicionalmente la falta de informes o de consultas obligatorias consideradas no vinculantes se ha considerado ordinariamente una irregularidad no invalidante del procedimiento administrativo.²³⁷ No obstante, lo cierto es que progresivamente em-

235. STSJ de Andalucía, Granada, de 19 de julio de 2010, JUR/2011/110752.

236. A este respecto, resulta determinante la doctrina establecida por las SSTs de 10 de noviembre de 1994, RJ/1994/9040, y de 6 de febrero de 2004, JUR/2004/63447.

237. Un ejemplo evidente de esta línea puede verse en la STSJ de Galicia de 12 de julio de 2000, JUR/2000/295502, en la que se recuerda que del trámite de audiencia a la junta de personal no se puede deducir la sumisión de la administración al acuerdo de dicha junta, con lo que los principios de eficacia y economía procesal en el funcionamiento de la administración impiden que se anulen las actuaciones administrativas retrayéndolas al momento en el que se omitió el trámite preceptivo, aceptando el hecho objetivo de que, aunque se llegase a subsanar el defecto formal, posiblemente la decisión administrativa se volvería a producir en los mismos términos. A pesar de ello, debe tenerse presente que cuando se constata que el defecto de forma da lugar a la indefensión

piezan a producirse decisiones judiciales favorables a considerar relevantes los informes de la representación unitaria, por entender que su emisión constituye una garantía de que la decisión no será tomada arbitrariamente por el órgano competente, y se concluye que su omisión contiene en sí un vicio de procedimiento determinante de la anulabilidad del acto o de su nulidad más absoluta.²³⁸

5.3. Las funciones de vigilancia y control

El artículo 40.e EBEP otorga a las juntas de personal y a los delegados de personal una función consistente en «vigilar el cumplimiento de las normas vigentes en materia de condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo y ejercer, en su caso, las acciones legales oportunas ante los organismos competentes». En consonancia con esta tarea de fiscalización se reconoce a las juntas de personal, colegiadamente, por decisión mayoritaria de sus miembros, y, en su caso, a los delegados de personal, mancomunadamente, legitimación para iniciar, como interesados, los procedimientos administrativos correspondientes y ejercer las acciones en vía administrativa o judicial en cuanto se refiera al ámbito de sus funciones.

Seguramente es esta la facultad más incisiva de las representaciones de personal, sobre todo si se tiene en cuenta que dentro de esta competencia deben figurar las que le reconoce la legislación de prevención de riesgos laborales y, en especial, la establecida para la paralización de actividades en caso de riesgo grave o inminente, prevista por el artículo 21.3 LPRL.²³⁹

La función de vigilancia se refiere a las materias «condiciones de trabajo, prevención de riesgos laborales, seguridad social y empleo» y enlaza con la antigua re-

de las personas interesadas, de conformidad con la previsión establecida en el artículo 63.2 LRJAPC, se procede a declarar la nulidad del acto y a la correspondiente retroacción de los trámites y actuaciones considerados, como sostiene la STSJ de la Comunidad Valenciana de 26 de diciembre de 2007, JUR/2008/116930.

238. La STSJ de Madrid de 25 de enero de 2000, JUR/2000/187234, señala que la facultad atribuida a las juntas y los delegados de personal de ser oídos presupone un requisito similar a la «consulta», que tiene por finalidad permitir que los interesados puedan opinar y alegar razones antes de que la administración pueda adoptar una decisión que les concierne, advirtiendo que, pese a la menor intensidad participativa de la consulta respecto de la negociación, esta mantiene inalterada su condición de requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa, de forma que la omisión de este trámite conlleva la nulidad de pleno derecho de la resolución por tratarse de un requisito no susceptible de posterior enmienda. La STSJ de País Vasco de 22 de octubre de 2004, JUR/2005/17501, entiende que los sindicatos ejercen su libertad mediante la acción que estimen oportuna, y más concretamente a través de su presencia en las juntas de personal, con lo que, cuando la administración limita o suprime las facultades de interlocución de estos órganos, coarta el derecho de los sindicatos y por este motivo, que se considera atentatorio de la libertad fundamental, la orden dictada debe considerarse nula de pleno derecho, lo que no deja de ser una aplicación de la nulidad por lesión de los derechos y las libertades susceptibles de amparo constitucional. En esta dirección doctrinal, pueden citarse las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de abril de 1998, RJCA/1998/1291, de La Rioja de 26 de mayo de 1999, RJCA/1999/1332, del País Vasco de 26 de julio de 2002, JUR/2003/98143, de Asturias de 20 de marzo de 2006, JUR/2006/148728, y de Galicia de 29 de junio de 2007, JUR/2008/340726.

239. Facultad que, reconocida a los representantes legales, incorpora a los representantes unitarios y a los sindicales, como se plantea en Ojeda Avilés, Antonio, «Los conflictos en la paralización de actividades por riesgo grave e inminente», en *La prevención de riesgos laborales*, Ojeda Avilés, Antonio; Manuel Ramón Alarcón Caracuel; M.ª José Rodríguez Ramos, Pamplona, Aranzadi, 1996, p. 329-335.

dación del artículo 64.9.a ET, que ha sido sustituida por el actual artículo 64.7.a ET, en que se prevé que el comité de empresa tenga una serie de competencias y que, por el hecho de ejercer una tarea de vigilancia en el cumplimiento de las normas vigentes en materia laboral, de seguridad social y empleo, así como del resto de los pactos, condiciones y usos de empresa en vigor, pueda formular, en su caso, las acciones legales oportunas ante el empresario y los organismos o tribunales competentes. Esta función se completa específicamente con una referencia expresa a las funciones del comité de empresa en materia de vigilancia y control de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo y de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, competencia esta última que no se enuncia respecto a los órganos de representación de los funcionarios públicos, a pesar de lo que se dice en la disposición adicional octava EBEP.

Con todo, nos hallamos ante una facultad de los órganos de representación de los funcionarios públicos concebida en términos amplios y genéricos referidos a materias que engloban todas las cuestiones posibles relacionadas con la prestación de servicios y los derechos colectivos del personal funcionario.²⁴⁰ Incluso así, este ámbito extenso de competencias de la representación no está exento de límites. El primero parece ser la referencia de la función de fiscalización a cuestiones específicamente relacionadas con la determinación de las condiciones de trabajo, lo que significa que puede ser susceptible de discusión la acción de las juntas de personal en otras materias no estrictamente «laborales».²⁴¹ El segundo se plantea cuando se afirma que las facultades de la junta de personal se extienden única y exclusivamente a los intereses colectivos de los funcionarios, lo que supondría que no incluyen la defensa de los intereses individuales de los mismos empleados públicos, lo que sin duda puede resultar contradictorio con el reconocimiento del derecho a la representación de los empleados públicos que realiza el artículo 31.1 EBEP.²⁴² El tercero deriva de un efecto de conexión producido cuando se entiende que las funciones de vigilancia y control de los órganos de representación y su legitimación guardan una estrecha relación con las competencias atribuidas a las mismas juntas de personal en materia de información y consulta. Por tanto, la función de vigilancia y control de las juntas de personal no tendría un carácter gene-

240. De tal manera que parece existir una voluntad expresa del legislador de enfatizar esta función específica de control, vigilancia o fiscalización de los órganos unitarios de representación, como se afirma en Valverde Asencio, Antonio José, «Representación y participación institucional...», *op. cit.*, p. 460.

241. La STS de 31 de enero de 1994, RJ/1994/1073, rechaza una posición reductiva de las funciones de la junta de personal a un círculo «laboral» de intereses que no comprenda el interés en participar en los órganos de gobierno de una universidad pública, aduciendo que, aunque la materia laboral sea el ámbito de referencia de la junta de personal, la representación de personal no está desconectada del interés en la participación, en la medida en que de los órganos de gobierno dimanarían decisiones trascendentales para el círculo de temas laborales.

242. Como se afirma en la STSJ del País Vasco de 23 de marzo de 2009, JUR/2009/322209, la actuación de la junta de personal debe tener una determinada trascendencia colectiva, lo que no se produce cuando resultan afectados los derechos individuales de un funcionario público. En la misma dirección, la STSJ de Cantabria de 22 de junio de 2001, RJCA/2001/1174.

ral, sino restringido al ámbito de sus funciones. Sobre esta cuestión, vemos que la legitimación que les reconoce el artículo 40.2 EBEP se refiere precisamente «al ámbito de sus funciones».²⁴³ Por consiguiente, las juntas de personal podrían fiscalizar las decisiones de las administraciones públicas en cuya formación previamente hubieran intervenido, de modo que información, consulta y vigilancia formarían una facultad que se actuaría en línea de continuidad, lo que sin duda supone un planteamiento reductivo del perfil funcional de los órganos de representación.

Una cuestión distinta, más concreta y específica, es el posible reconocimiento a la junta de personal de la capacidad de vigilar que la administración reconozca y respete el derecho a la negociación colectiva sobre las materias que la ley establece como objeto de negociación, facultad que a menudo se desconoce o niega con el argumento de que la legitimación de la junta de personal para actuar se debe reducir al ámbito de sus funciones, entre las cuales no está la de negociar las condiciones de trabajo. Sobre este tema advertimos que los interesados en reclamar esta negociación siempre que lo consideren oportuno deberán ser los sindicatos más representativos que puedan actuar como parte en la negociación.²⁴⁴

Aun así, la capacidad de la junta de personal para fiscalizar la acción de la administración pública en materia de personal no presupone un monopolio competencial y no puede enervar los derechos de los sindicatos a acudir a la vía jurisdiccional en defensa de la libertad sindical o en representación de los intereses de los trabajadores públicos.²⁴⁵ Por lo tanto, se debe rehusar aquella doctrina judicial que no reconoce la legitimación de las organizaciones sindicales para interponer recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las decisiones de las administraciones en materia de personal, con el argumento de que este tipo de acciones entraña una lesión de las facultades legales de los órganos de representación, porque implica, *de facto*, la alteración de la voluntad mayoritaria de la junta de personal de no acudir a la vía jurisdiccional.²⁴⁶

243. Como sostiene la STSJ de Asturias de 29 de junio de 2007, JUR/2007/342719, y la STSJ de Galicia de 10 de abril de 2002, JUR/2002/183693.

244. SSTSJ de Murcia de 1 de abril de 1998, JUR/1998/98797, y de 7 de septiembre de 1998, RJCA/1998/3772, con mención expresa de la STS de 4 de mayo de 1990, RJ/1990/4033, que solo de una manera muy indirecta puede aplicarse al supuesto descrito. En este sentido también las SSTSJ de las Islas Canarias de 23 de marzo de 2001, JUR/2001/185964, y de Asturias de 29 de junio de 2007, JUR/2007/342719.

245. Como afirman las SSTSJ de Murcia de 5 de julio de 2000, JUR/200/193290, de 31 de enero de 2006, JUR/2007/4598, y 14 de marzo de 2008, JUR/2008/304344. Cuestión distinta es que en la administración pública de referencia no se haya constituido ninguna instancia de negociación y la acción de la representación unitaria se dirija a procurar esta constitución, tal como plantea la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de septiembre de 1999, RJCA/1999/2502.

246. Sobre el reconocimiento abstracto o general de la legitimación de los sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso administrativo las decisiones de las administraciones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario, nos remitimos a la doctrina asentada por las SSTC 203/2002, de 28 de octubre, y 153/2007, de 18 de junio.

Para cerrar este epígrafe, resulta de interés abrir un interrogante sobre las competencias de vigilancia y control de los órganos de representación en materia de selección de personal y su posible fiscalización. El tema es relevante si se observa que en la selección de empleados públicos no hay relaciones de servicios constituidas, como tampoco hay empleados públicos o administraciones de las que dependan para la determinación de las condiciones de trabajo; existe un poder público que ejerce una potestad administrativa con estricta sumisión a los principios constitucionales de igualdad y mérito.²⁴⁷ Por lo tanto, resulta difícil justificar la intervención de las juntas de personal en esta materia, salvo que se quiera incluir los procesos de selección en el concepto «empleo». Avala esta posición el reconocimiento explícito que hace el artículo 31.6 EBEP a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública de la legitimación para interponer recursos en vía administrativa y jurisdiccional, reconocimiento que habría sido innecesario desde la estricta paridad de derechos entre las representaciones unitarias y sindicales si las primeras tuvieran esta facultad.²⁴⁸

247. Como plantea Vivero Serrano, Juan Bautista, *El acceso al empleo público en régimen laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 77.

248. Conviene resaltar que la STSJ de Galicia de 10 de abril de 2002, JUR/2002/183693, no reconoce a la junta de personal legitimación para iniciar un procedimiento relativo a la aprobación de la oferta pública, por entender que esta materia no se encuentra entre las facultades que se le reconocen. Aun así, la STS de 21 de febrero de 2007, RJ/2007/887, admite la legitimación de la junta de personal para impugnar una resolución en materia de selección, aunque advirtiendo que el reconocimiento de dicha legitimación se hace, no tanto desde la perspectiva de su interés en la vigilancia del cumplimiento de las condiciones de acceso al empleo público, sino desde la perspectiva de vigilancia del cumplimiento de los requisitos de desarrollo de los puestos de trabajo.

El autor

Joan Mauri Majós es licenciado en Derecho y en Filosofía y Letras. Actualmente es profesor titular (EU) de derecho administrativo en la Universidad de Barcelona y desempeña su docencia en los grados de gestión y administración pública y de relaciones laborales de su Facultad de Derecho.

Ha publicado varias monografías y artículos en revistas especializadas en el campo del derecho público. Sus áreas de especialización son la organización administrativa, el régimen local y la función pública.



consorci d'estudis,
mediació i conciliació
a l'administració local

www.cemical.diba.cat



El CEMICAL, constituïdo por la Diputació de Barcelona, la Federació de Municipios de Catalunya, la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Servicios Públicos de la UGT de Catalunya y la Federación de Servicios Públicos de CCOO, tiene dos objetivos: promocionar el progreso de las relaciones entre los representantes de las entidades locales y el personal a su servicio, y favorecer la resolución de los conflictos laborales. Con la colección Estudios de Relaciones Laborales, el consorcio se propone facilitar el diálogo social, mediante la reflexión y el debate, y abordar cuestiones objeto de discusión en las mesas de negociación.

Este trabajo tiene por finalidad la construcción de una visión crítica del régimen de participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones laborales después de la publicación del EBEP. Por tanto, el objetivo de este libro es doble: ofrecer una visión jurídica de los órganos que conforman la representación unitaria del personal funcionario y, a la vez, contribuir a la apertura de un debate sobre el sistema de representación existente en nuestro empleo público, sobre su complejidad, su utilidad y su capacidad para resolver los problemas de una administración en proceso de reestructuración.

- 1** La carrera administrativa: nuevas perspectivas
- 2** La conciliación de la vida laboral y familiar del personal al servicio de las entidades locales
- 3** El acoso moral: incidencia en el sector público
- 4** El personal directivo en la Administración local
- 5** El personal laboral de las corporaciones locales después del Estatuto básico del empleado público
- 6** Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Una visión crítica