

UNIDAD 2. TEORÍA GENERAL SOBRE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y EL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: CONTENIDO.

DRA. MARÍA JOSÉ RODRÍGUEZ RAMOS.

I. LA TEORÍA ESTATUTARIA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO Y EL ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS:

La Constitución acoge la teoría estatutaria de la relación de empleo público en los artículos 103.3 y 149.1.18 CE (STC 99/1987). Esta teoría nació a espaldas del reconocimiento del derecho de libertad sindical, recogido en el artículo 28 CE para algunos funcionarios públicos. A este problema se une el hecho de la convivencia de personal laboral y funcionario en las Administraciones públicas, junto a otras formas de gestión de los recursos humanos, que han ido surgiendo para dotar a las Administraciones públicas de personal de forma más rápida y flexible. No obstante, las condiciones de trabajo del distinto personal que presta servicios para las diferentes Administraciones públicas difiere, en base a la aplicación de un distinto régimen jurídico. Este y otros factores han llevado a defender la privatización de las relaciones de empleo con las Administraciones públicas, con excepción de las vinculadas a ejercicio de la potestad pública¹⁵⁴.

La teoría estatutaria se inscribe en las denominadas teorías acontractualistas, en las que la voluntad del empleado público se considera como algo accesorio, donde la Administración ostenta una posición de supremacía especial y el funcionario se gobierna, en relación con las condiciones de empleo y trabajo, por las

¹⁵⁴ Propuesta efectuada por el Informe de la Comisión GIANNINI al Parlamento italiano en 1979. Véase ORTEGA, L. "Reflexiones en torno a una revisión de los planteamientos generales de la relación de empleo público". REDA n° 26, 1980, p. 428. MARTIN PUEBLA, E. "Trabajadores al servicio de la Administración. La problemática aplicación del Derecho del Trabajo en el seno de la Administración pública". Relaciones Laborales n° 1, 1990, p. 10.

normas legales y reglamentarias dictadas por los órganos competentes de los diversos poderes públicos, como producto de una relación estatutaria que es reconocida tradicionalmente por la doctrina y jurisprudencia contenciosa (STC 57/1982). Las notas que tradicionalmente han caracterizado la teoría estatutaria de la relación de empleo público son¹⁵⁵:

1. El acto de nombramiento del funcionario no constituye la aceptación de un contrato del que se derive una situación jurídica subjetiva, sino un acto o condición, que le coloca en una situación jurídica objetiva; debiendo además cumplir con el requisito de la toma de posesión para adquirir la condición de funcionario.

2. En virtud de lo anteriormente expuesto: 1º El funcionario tendrá en cada momento respecto de la Administración los derechos y deberes descritos en su Estatuto, sin que frente a la alteración de este cuerpo normativo pueda invocar otros derechos adquiridos que el derecho al cargo y los derechos económicos consolidados¹⁵⁶.

En suma, el funcionario se limita a prestar su adhesión a una situación jurídica predeterminada y objetivamente establecida; modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad, sin que, en consecuencia pueda exigir que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso, o que se mantenga la situación administrativa que está disfrutando [...], porque lo contrario supondría petrificar la relación funcionarial en un momento, impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo e ignorando la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración. Pues como ha declarado el Tribunal Constitucional no es posible alegar la teoría de los derechos adquiridos para los funcionarios públicos, pues se diferencian de las expectativas de derecho (SSTC 70/1988, 99/1987)¹⁵⁷, que entran de lleno en la potestas

¹⁵⁵ ENTRENA CUESTA, R.: "El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional". Libro Homenaje al Prof. García de Enterría. Civitas. Madrid, 1991, p. 2601. GOMEZ CABALLERO, P.: Los derechos colectivos..., op. Cit. P. 26 y 27

¹⁵⁶ SSTs (Contencioso-Administrativo) de 22 de enero y 11 de febrero de 1993 (RAJ 81, 82, 329, 919), 18 de enero, 18 y 30 de junio, 18 de octubre de 1993 (RAJ 321, 4606, 4753, 8622 respectivamente), 27 de diciembre de 1994 (RAJ 405)

¹⁵⁷ El Tribunal Supremo ha entendido que son derechos adquiridos «los que se han integrado en el patrimonio de una persona o han sido consolidados a su favor, por lo que no pueden invocarse para reconocer o mantener una categoría, en este caso la de Director de Servicio, en la que se ha cesado como consecuencia de la nueva estructuración administrativa [...] ni los derechos adquiridos de orden económico pueden extenderse a la percepción de emolumentos y retribuciones com-

variandi de la Administración¹⁵⁸, ni oponer como límite a dicha situación ni el interés del funcionario ni la normativa precedente¹⁵⁹.

La inaplicación de la teoría de los derechos adquiridos ha sido criticada por la doctrina administrativista¹⁶⁰, al compararla con el reconocimiento de los derechos adquiridos a los trabajadores y partiendo de la declaración de inconstitucionalidad por la STC 27/1981 de la DA 5ª LET, que establecía la edad máxima de jubilación de los trabajadores a los 69 años y que permitía al Gobierno rebajarla «en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo»; sentencia que realiza una interpretación restrictiva de los derechos adquiridos considerando que sólo son derechos individuales susceptibles de protección constitucional los del Título I, Capítulo 2º, Sección 1ª CE. La teoría de los derechos adquiridos también ha sido alegada para conservar derechos económicos, y tiene virtualidad en cuanto que «no suponen otra cosa que la conservación global de las retribuciones consolidadas percibidas hasta el momento de que se trate, sin que pueda aducirse frente a la «potestas variandi» de la Administración el mantenimiento indefinido, e incluso su actualización de determinadas situaciones, pues lo contrario supondría petrificar la relación funcionarial de un momento dado, impidiendo su desenvolvimiento a lo largo del tiempo, e ignorando la mutabilidad de las circunstancias que condicionan la actuación de la Administración¹⁶¹».

3. Tales derechos y deberes subsistirán en tanto no se modifiquen las normas que los establecen (SSTC 99/1987, 6/1983, 27/1981); sin que pueda ser alterado el régimen establecido con carácter general en el Estatuto de los funcionarios no podrá ser alterado singularmente por la Administración en perjuicio o ventaja de alguno de ellos. Inversamente, los funcionarios no pueden renunciar a ningún elemento de su Estatuto. Por la misma razón, la Administración no puede comprometer las competencias de que dispone respecto de sus funcionarios.

Si la Administración desconoce la situación descrita en el Estatuto de los funcionarios, sus actos podrán ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa, al tratarse de una relación jurídica regulada por el Derecho Ad-

plementarias asignadas al puesto de trabajo de Director de servicio, que ya no se desempeña, STS (Contencioso-Administrativo. Secc. 1ª) de 30 de noviembre de 1991 (RAJ 8092)

¹⁵⁹ STS (Contencioso-administrativo. Secc. 7ª) de 15 de julio de 1994 (RAJ 5722).

¹⁶⁰ PARADA VAZQUEZ, J.R.: Derecho Administrativo..., op. Cit., pp. 435-436

¹⁶¹ STS (Contencioso-administrativo. Secc. 7ª) de 26 de octubre de 1994 (RAJ 8232)

ministrativo. Estos elementos se basan en una situación de desigualdad jurídica entre las partes, donde la Administración tiene una posición de supremacía especial¹⁶², que ha llegado a justificar para el Tribunal Constitucional (STC 93/84) el establecimiento de un procedimiento especial en materia de personal para resolver con carácter sumario cuestiones litigiosas que puedan afectar al interés público.

A) CRÍTICAS A LA TEORÍA ESTATUTARIA DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO.

La teoría estatutaria de la relación de empleo público ha visto quebrados sus principios generales, en base a los siguientes hechos:

1. La tesis del nombramiento del funcionario como acto jurídico unilateral no siempre ha sido la dominante. No están aún lejanos los tiempos en que el nexo entre funcionario y Administración se calificaba como contrato privado, contrato público o incluso como acto plurilateral (STC 93/1984). La tesis de la unilateralidad, aunque mayoritaria, resulta artificial¹⁶³, puesto que la aceptación del aspirante a funcionario es tan fundamental como el propio nombramiento; con solo pensar en los efectos jurídicos de la toma de posesión, y calificar el procedimiento por solo uno de los trámites parece una mutilación distorsionante y rechazable, pues, a fin de cuentas la condición de funcionario de carrera se adquiere sólo cuando, junto al nombramiento, se ha producido además el juramento a la Constitución y la toma de posesión¹⁶⁴. Así, la STC 122/1984 reconoce que la relación funcional es estatutaria y unilateral en cuanto al acto de nombramiento, pero sinalagmática en lo que a los recíprocos deberes y derechos de la Administración y del funcionario se refiere; pues lo importante es el momento de constitución de la relación de servicio¹⁶⁵.

¹⁶² RUSCIANO, M.: *L'impiego pubblico in Italia*. Il Mulino. Bologna, 1978, pp. 124-128. ALESSI, R.: *Principi di Diritto Amministrativo*. Giuffrè. Milano, 1978, p. 118. MARTINEZ ABASCAL, A.V.: «Relación de empleo...», op. cit., p. 116.

¹⁶³ OJEDA AVILES, A.: «El empleo temporal en las Administraciones Públicas. (Una aproximación unitaria)». RAP n° 56, 1987, p. 501.

¹⁶⁴ Sobre la exigencia de estos requisitos como condición previa y sine qua non a la adquisición de la condición de funcionario, vid. OJEDA AVILES, A.: «El empleo temporal...», op. cit., p. 501. PIRAINO, S.: *Il contratto di pubblico impiego*. Ed. Giuffrè. Milano, 1978, pp. 38-39. Así, el Tribunal Supremo ha rechazado el acceso a la condición de funcionario, porque la admisión a la oposición no supone reconocimiento por la Administración del cumplimiento del requisito exigido sobre acreditación de servicios interinos o de contratación temporal, debiendo acreditarse el cumplimiento de tales requisitos una vez aprobadas las pruebas de cara al acto de nombramiento y a la toma de posesión, STS (Contencioso-administrativo. Secc. 7ª) de 3 de octubre de 1994 (RAJ 7841).

¹⁶⁵ ORTEGA, L.: *Los derechos sindicales...*, op. cit., p. 39. Avala asimismo esta teoría el artículo 99.4 LBRL que dispone, respecto a los funcionarios locales con habilitación de carácter nacional,

MARTINEZ ABASCAL¹⁶⁶ considera que sin el concurso de la declaración de voluntad del funcionario no se llegan a producir los efectos sustanciales de la relación de servicio (prestación de servicios y retribución); por lo que ambas voluntades son elementos constitutivos de la misma. Además, para adquirir la condición de funcionario de carrera no pueden omitirse ninguno de los requisitos que se establecen para adquirir tal condición (superación de pruebas, cursos de formación, nombramiento, juramento, toma de posesión dentro del plazo). La simple declaración de la Administración del acto de nombramiento no implica, por tanto, el nacimiento de la relación de servicio; de forma que el acto de toma de posesión implica conferir eficacia al acto de nombramiento.

Considerar que la teoría estatutaria se basa en la desigual posición jurídica de las partes de la que deriva la relación unilateral por oposición a la relación de igualdad que existe en el contrato de trabajo privado está, asimismo, muy lejos de la realidad; pues precisamente el contrato de trabajo suscrito entre trabajador y empresario tiene su base en una situación de desigualdad jurídica, donde el empresario ejerce el poder de dirección e incluso el *ius variandi*, mediante los que organiza la actividad empresarial e, incluso, puede modificar las condiciones de trabajo pactadas, en ocasiones sin intervención de un tercero, ya sea la autoridad laboral o los representantes de los trabajadores. Así pues¹⁶⁷ consideramos que la relación de servicio de los funcionarios tiene origen en un contrato público de empleo, y el especial régimen jurídico que se le adscribe obedece únicamente a la voluntad del legislador, siendo la funcionalidad del contrato análoga a la del laboral. Con ello, la tesis de la unilateralidad si no se diluye, al menos se relativiza en gran parte, al ser necesaria la manifestación de voluntad del funcionario a través del acto de la toma de posesión, que implica el nacimiento de derechos y deberes recíprocos entre éste y la Administración.

Por ello, y por otras causas que analizaremos, las consecuencias referidas se relativizan pues:

1º El acto de incorporación, partiendo de la teoría contractualista de la relación de empleo público, implica «la inserción del funcionario en la organización

que: «La toma de posesión determina la adquisición de los derechos y deberes funcionariales a la situación de servicio activo, pasando a depender el funcionario de la correspondiente Corporación, sin perjuicio de la facultad disciplinaria de destitución del cargo y separación definitiva del servicio que queda en todo caso reservada a la Administración del Estado».

¹⁶⁶ MARTINEZ ABASCAL, A.V.: «Relación de empleo...», op. cit., pp. 117-118.

¹⁶⁷ OJEDA AVILES, A.: «El empleo temporal...», op. cit., p. 501. MARTINEZ ABASCAL, A.V.: «Relación de empleo...», op. cit., p. 116. PIRAINO, S.: *Il contratto di pubblico impiego...*, op. cit., p. 235.

del Ente público» [...] ». Abundando más, el artículo 103.3 CE requiere que el Estatuto de los funcionarios públicos sea regulado por Ley, con independencia de que el posible contenido de dicho «Estatuto» se recoja en una sola norma o en varias y diferentes disposiciones (SSTC 102/1988, 5/1982) y sin perjuicio de que los reglamentos complementen dicha ley, lo que se ha denominado «reglamento autorizado»¹⁶⁸. Dentro del respeto a la Constitución, el legislador es libre para regular el Estatuto de los funcionarios públicos. En base a lo anterior podemos partir de los siguientes considerandos.

Primero: Son escasos los preceptos constitucionales dedicados a la regulación del Estatuto de los funcionarios públicos¹⁶⁹

Segundo: Estos preceptos mandatan al legislador que regule estas materias pero en ningún momento dicen cómo. Siendo la ley un acto político del legislador, que goza de discrecionalidad para su elaboración con el único límite del respeto a la Constitución, nada impide al legislador, en el ejercicio de su poder soberano, elaborar un Estatuto de los funcionarios públicos claramente basado en los principios inspiradores del Derecho Laboral o del Derecho Administrativo, o de carácter mixto, o como éste considere en cada momento, dado que el concepto «régimen estatutario» es «un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori (STC 99/1987)»; lo que plantea problemas, pues la Constitución no define ni delimita el contenido del Estatuto de los funcionarios públicos, aunque sí le permite definir el mismo, lo que ha sido realizado caso por caso.

Por lo expuesto, si el legislador considera que en el Estatuto de los funcionarios han de integrarse principios jurídicos como el de los derechos adquiridos, en principio, la Constitución no parece impedirlo. La necesidad de interpretar las normas constitucionales con el sentido de los tiempos permite una rectificación en la lectura de ese modelo constitucional, no entendido ya como mantenimiento

¹⁶⁸ ENTRENA CUESTA, R.: «El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional». VV.AA.: Administración instrumental. Libro Homenaje a M.F. Clavero Arévalo. Tomo I. Ed. Civitas. Madrid, 1994, p. 2604.

¹⁶⁹ En concreto, el artículo 23.2 CE que regula el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes, el 28.1 CE sobre las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación para los funcionarios públicos, el propio artículo 103.3 CE, que exige la regulación por ley del Estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la Función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, y el artículo 149.1.18 CE, que reserva al Estado la competencia para la regulación de las Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

del sistema funcional tradicional, incluso acentuando sus elementos originarios en la medida que pudieran haber sido desconocidos o tergiversados en el franquismo, sino como corrección de ese modelo tradicional en función de los nuevos principios y objetivos constitucionales¹⁷⁰.

A mayor abundamiento, el argumento de que los derechos y deberes del funcionario subsistirán en tanto no se modifiquen las normas que los establecen queda relativizado a la luz de la Constitución por diversos motivos. El artículo 103.3 CE exige reserva de ley para la regulación del Estatuto funcional, es decir, acto positivo del legislativo (SSTC 99/1987, 139/1988, 108/1986), partiendo de que nuestra Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), resulta que la ley, dentro del respeto a la Constitución, podrá determinar no sólo los derechos y deberes de los funcionarios, como sostienen los defensores de la teoría estatutaria en función del nombramiento del funcionario, sino los de la propia Administración, que deberá estar sometida en todo caso plenamente a la ley (art. 103.1 CE), o los de los trabajadores por cuenta ajena, ya que, si bien entre las fuentes de la relación laboral se encuentra el convenio colectivo, cuya eficacia normativa viene garantizada por el artículo 37.1 CE, no es menos cierto que los convenios tienen como límite: el respeto a las leyes (art. 85.1 TRET). Por ello, el argumento de que la ley puede disponer de los derechos de los funcionarios no puede justificar la teoría de la unilateralidad para este colectivo, puesto que las mismas consecuencias se plantean para los trabajadores por cuenta ajena al servicio de empresas privadas.

El artículo 103.3 CE establece una reserva de ley en la regulación del Estatuto de los funcionarios públicos, de forma que esta materia queda sustraída a la normativa reglamentaria, que tiene un papel secundario (SSTC 83/1984, 29/1986, 108/1986; 99/1987, 178/1989¹⁷¹). Esto no significa que el Gobierno no pue-

¹⁷⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.: «Trabajo, Función Pública...», op. cit., pp. 19-20. Es significativa la STC 99/1987 (igualmente SSTC 70/1988, 108/1986) que consideró que no podía alegarse como derecho adquirido la edad de jubilación, que fue rebajada a los sesenta y cinco años para los funcionarios, al ser una expectativa de la carrera funcional, y no un derecho, pues «aunque es indudable que en el campo de la relación funcional el funcionario adquiere y tiene derechos subjetivos que la Ley ha de respetar, y en este sentido es claro que ostenta, desde el ingreso en la Función pública, el derecho a la jubilación o el pase a determinadas situaciones administrativas, también en la ley estatutaria prevista

¹⁷¹ Igualmente, el Tribunal Supremo, por todas SSTs (Contencioso-administrativo. Secc. 7ª) de 17 de octubre de 1994 (RAJ 8036, 8037), 18 de octubre de 1994 (RAJ 8062), 20 de octubre de 1994 (RAJ 8076, 8077, 8078), 24, 25 de octubre de 1994 (RAJ 8216, 8217), 26 de octubre de 1994 (RAJ 8226, 8228), 28 de octubre de 1994 (RAJ 8277), 31 de octubre de 1994 (RAJ 8287), 7 de noviembre de 1994 (RAJ 8894, 8895).

da, cuando así lo requiera la ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa, habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una ley; pues lo que está vedado es una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, **sin fijar cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir**¹⁷². Así, el reglamento puede ser *secundum legem* y colaborar necesariamente con la ley en la regulación del Estatuto funcional siempre que así lo requiera ésta, exigiéndose que la ley no realice un mandato indeterminado; sin que sea posible «exigir la reserva de ley de manera retroactiva, para anular disposiciones reguladoras de materias o situaciones respecto a las cuales tal reserva no existiría de acuerdo con el Derecho anterior a la Constitución»¹⁷³.

3º El desdibujamiento de este postulado no sería sino consecuencia de los anteriores, dado que la inalterabilidad singular por la Administración del Régimen General del Estatuto de los funcionarios viene dada por el sometimiento de la Administración a la ley (art. 103.1 CE), que será en todo caso la que regulará el Estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y en aplicación del principio de jerarquía normativa que garantiza el artículo 9.3 CE; puesto que las normas jurídicas que pueden emanar de la Administración (los reglamentos) tendrán en materia de regulación un papel secundario. Incluso si la Administración tuviera la potestad de modificar parte del Estatuto, por ser correcta la vía reglamentaria, toparía irremediabilmente con uno de los principios generales del Derecho Administrativo: la inderogabilidad singular de los reglamentos (art. 52 LRJAPPAC), que, al estar plasmado en una norma de rango legal, impediría a la Administración esta actuación al ser contraria a la ley a la que está sometida plenamente por imperativo del artículo 103.1 CE.

4º El principio de irrenunciabilidad de elementos de Estatuto de los funcionarios, entendido como conjunto de derechos y deberes (STC 108/1986), no es exclusivo de los funcionarios, puesto que el artículo 3.5 TRET contiene, respecto

¹⁷² STC 99/1987; 108/1986. STS (Contencioso-administrativo. Secc. 7ª) de 10 de noviembre de 1994 (RAJ 9045).

¹⁷³ STC 45/1994. STS (Contencioso-administrativo. Secc. 7ª) de 10 de noviembre de 1994 (RAJ 9045).

a los trabajadores, una prohibición genérica de renuncia de derechos. El Estatuto de los Trabajadores, entendido en sentido amplio no como un único cuerpo legal, sino como el conjunto de leyes que determinan el status del trabajador, marca mínimos que, en todo caso, serán irrenunciables por el trabajador e indisponible por ambas partes. En general, el Derecho laboral y de Seguridad Social se ha visto obligado a incorporar un alto grado de imperatividad en sus contenidos reguladores, introduciendo derechos indisponibles en el contrato de trabajo¹⁷⁴. Ahora bien, ello no obsta para que una fuente del Derecho del Trabajo (el convenio colectivo), desarrolle el respeto a estas leyes que conforman el Estatuto del trabajador una serie de relaciones de complementariedad-suplementariedad, donde constantemente se produce la transacción (que no renuncia) de derechos por las partes, a fin de conseguir el equilibrio de fuerzas que garanticen la paz social. La existencia de los mecanismos de negociación colectiva en el caso de los trabajadores asalariados no tiene que suponer una diferencia insalvable con los funcionarios públicos, puesto que, aunque el derecho a la negociación colectiva se recoja en el artículo 37.1 CE, es indudable su conexión con el derecho de libertad sindical del artículo 28.1 CE, que ampara a trabajadores y funcionarios, si bien reconociendo ciertas peculiaridades en el ejercicio de este derecho para éstos últimos. La imposibilidad, momentánea y parcial por cierto, de transacción de derechos en la relación funcional mediante el instrumento de la negociación colectiva, no sería sino una de las peculiaridades del ejercicio del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, reconocido constitucionalmente que, en modo alguno, supone una frontera insalvable entre los Estatutos laboral y funcional

5º Por lo que respecta al aspecto del fuero procesal en la relación funcional, que somete las controversias que en éste se originan a la jurisdicción contenciosa-administrativa, las sucesivas reformas legales han ido relativizando este postulado. Así, nos encontramos ante elementos de los que no cabe duda que integran el Estatuto de los funcionarios públicos como los derechos relativos a la Seguridad Social. La tendencia expansiva de encuadramiento de funcionarios en el Régimen general de la Seguridad Social, hace que un importante aspecto del Estatuto de los funcionarios públicos: el de la Seguridad Social, y no en lo referente a contingencias de vejez (jubilación) o muerte (viudedad), sino a otras que

¹⁷⁴ RIVERO LAMAS, J.: «La aplicación del Derecho del Trabajo: tutela jurídica de los derechos y protección jurisdiccional». VV.AA.: Constitución y proceso de trabajo. Balance y perspectivas de la Seguridad Social en España. VII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Sevilla, 1991, p. 473

no implican la extinción del vínculo funcional como la incapacidad temporal en su nueva versión de la Ley 42/1994 o algunos grados de invalidez, habrá de remitir sus litigios a la sede judicial social y no a la contencioso-administrativa (art. 2.b TRLPL).

A ello habrá que añadirle otro aspecto, que afecta a las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos del artículo 149.1.18ª CE: el derecho de libertad sindical, desarrollado por la LOLS, al tiempo parte integrante del Estatuto de los funcionarios y base del régimen estatutario de todos los funcionarios (STC 98/1985) y que, en todo caso, comprende el derecho a fundar sindicatos sin autorización previa. Una de las fases clave del trámite de fundación del sindicato: el depósito de estatutos en la Oficina Pública, tiene asignado su control judicial a la jurisdicción social (art. 2.j TRLPL) a través del procedimiento del Capítulo X del Título II del Libro II TRLPL. Con ello tenemos que el control de otro aspecto del régimen estatutario de los funcionarios públicos es remitido a la jurisdicción social.

Ahora bien, la cosa no acaba aquí, por cuanto el orden social es competente para el conocimiento de controversias que se originen en los procesos sobre materias electorales, incluida la denegación del registro de actas electorales, también cuando se refieran a elecciones a órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, actual artículo 2.n) TRLPL, que, aunque se refiere al personal eludiendo el término funcionarios, es inequívoca su coincidencia, dadas las remisiones que la Ley de Procedimiento Laboral efectúa a la Ley 9/1987¹⁷⁵. Dada la innegabilidad del hecho de que las reglas sobre representación colectiva de los funcionarios públicos forma parte de su Estatuto, nos encontramos con otro de los numerosos casos que desnaturalizan la teoría del fuero procesal exclusivo ante la jurisdicción contencioso-administrativa como característica definitoria del Estatuto de los funcionarios públicos¹⁷⁶.

En suma, la teoría estatutaria de carácter acontractualista y unilateral ha sido puesta en tela de juicio y cuestionada la finalidad de su mantenimiento¹⁷⁷, centrándolo en el objetivo de obstaculizar el reconocimiento y, en su caso, efectividad y aplicación de los derechos colectivos de los funcionarios públicos.

¹⁷⁵ RODRIGUEZ RAMOS, Mª J./PEREZ BORREGO, G.: «Ambito objetivo del arbitraje obligatorio electoral». VV.AA.: Arbitraje laboral y acuerdos de empresa. Ed. Tecnos. Madrid, 1996.

¹⁷⁶ RODRIGUEZ RAMOS, Mª J./PEREZ BORREGO, G.: Procedimiento de elecciones a representantes unitarios de trabajadores y funcionarios. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1995.

¹⁷⁷ MARTINEZ ABASCAL, V.A.: «Relación de empleo...», op. cit., p. 120.

En esta tesitura hemos de afirmar que ni el Derecho Administrativo sirve exclusivamente para atender las necesidades de personal al servicio de las Administraciones públicas de forma eficaz y flexible, ni el Derecho del Trabajo es la panacea, ni la solución a todos los problemas del empleo público. Abogamos por la regulación de un Derecho específico para el empleo público, que regule de forma unitaria a todo su personal. Dado que el Derecho funcional ha ido acogiendo principios propios del Derecho del Trabajo, así como éste ha ido incluyendo figuras e instituciones jurídicas más propias del Derecho funcional que del Derecho Laboral. Este proceso de adaptación «ha operado en ocasiones en favor de los funcionarios (reconocimiento de derechos fundamentales, huelga, sindicación, libertad de expresión) y otras en favor de la función (sistema de puestos de trabajo con ventaja sobre el de cuerpos), sin romper en ningún caso una imagen o un modelo de función pública pero cambiándole sus ropajes tradicionales¹⁷⁸». Podemos afirmar que el acercamiento entre ambas posturas depende de cuestiones de política legislativa¹⁷⁹, aunque si tuviéramos que tomar partido por el sector del ordenamiento jurídico respecto al que se ha producido un mayor acercamiento, habríamos de decantarnos por el ordenamiento laboral, lo que ha llevado a cuestionar, por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el modelo de Función pública instaurado por la Constitución. Al reconocer que existen elementos contractuales en el modelo de Función pública. No obstante, esta flexibilización del modelo estatutario no lo priva de su rasgo característico de remitir al legislador la elaboración del Estatuto de los funcionarios públicos en los términos del artículo 103.3 CE, al ser misión de este precepto vincular al legislador ordinario sobre los aspectos de la Función pública que debe necesariamente regular porque conforman su Estatuto, y sobre las condiciones para que otros sistemas de servicio puedan ser compatibles con el Estatuto de la Función pública; con ello, se le estaría protegiendo de una hipotética desaparición o transformación que lo hiciera 'incognoscible' o produjera el vaciamiento de sus contenidos, garantía institucional que opera frente a injerencias legislativas que pudieran afectar lo esencial de la institución y no lo accesorio¹⁸⁰, lo que tiende a proteger el núcleo de la relación estatutaria que rige la relación de empleo público.

Todo ello ha llevado a un sistema mixto de Función pública, que presenta caracteres del sistema abierto de influencia norteamericana y del cerrado de in-

¹⁷⁸ MONTORO CHINER, Mª J.: "Para la reforma del empleo público...", op. Cit., p. 183

¹⁷⁹ En el mismo sentido PARADA VAZQUEZ: Derecho Administrativo...op, cit., p. 372.

¹⁸⁰ MONTORO CHINER, Mª J.: "Para la reforma del empleo público...", op. Cit. O. 180-181.

fluencia francesa¹⁸¹; del primero por la creciente, cuantitativa y cualitativa, laboralización, y del segundo resta el sistema de provisión de puestos, la oposición y el concurso, la inamovilidad geográfica y la estabilidad de por vida¹⁸², aunque incluso esos aspectos han sido matizados por las sucesivas reformas legislativas, como ha sido el caso de la regulación de los Planes de Empleo por Ley 22/1993, que puede dar al traste con la estabilidad en el puesto de trabajo característica de los modelos cerrados de Función pública. Podríamos en este sentido hablar de un **sistema español de Función pública con características propias y, en todo caso, afirmar que se está produciendo una huida del Derecho de la Función pública respecto al Derecho Administrativo, con un importante crecimiento del sindicalismo corporativo y una laboralización, también privatización, de la Función pública, en general, y del Estatuto de los funcionarios públicos, en concreto, que va in crescendo y que tiene sus referentes en las distintas normas que han ido promulgándose.** Nada hace sospechar que se vaya a producir un retroceso en este proceso de laboralización del Derecho funcional, que podría, incluso, verse acentuado por los aires que nos llegan de otros países como el caso de Italia.

II. LA FRAGMENTACIÓN DE ESTATUTOS. EL CONTENIDO DEL ESTATUTO GENERAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.

El funcionario público que ingresa en la Administración se coloca en una «situación objetiva definida legal y reglamentariamente (STC 99/1987)». No obstante, no existe un único Estatuto aplicable a todos los empleados públicos, en función a las lógicas peculiaridades derivadas de los cometidos que se les reservan.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el contenido del Estatuto de los funcionarios públicos, "cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori", comprende la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta pueden darse, los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y su régimen disciplinario, así como a la creación e

¹⁸¹ La distinción entre modelo cerrado y modelo abierto de función pública en GAZIER: La fonction publique dans le monde. Paris, 1972. El modelo cerrado es el modelo de carrera y el abierto el de puestos.

¹⁸² PARADA VÁZQUEZ, J.R.: Derecho Administrativo..., op. Cit., p. 404

integración en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales (SSTC 99/1987 y 56/1990)". Tal enumeración de materias no es cerrada, puesto que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que forman también parte del Estatuto "las reglas sobre representación y acción colectiva de los funcionarios públicos", que habrán de ser reguladas por ley estatal (SSTC 98/1985, 165/1986, 9/1988, 102/1988). Posiblemente, el pronunciamiento del Alto Tribunal que más afina en la definición del Estatuto de los Funcionarios Públicos sea el de la STC 108/1986, que lo califica como: «los derechos y deberes que componen su 'status', que debe ser fijado por Ley», lo que significa una garantía de independencia en el ejercicio de su función y que la Ley define los elementos que lo componen, por lo que el legislador podrá modificar este «status», dentro, naturalmente, del marco de la Constitución.

Partimos, a la hora de determinar el contenido del Estatuto, de que es indiferente que el Estatuto de los funcionarios esté contenido en una sola Ley o que se contenga en normas diversas (SSTC 99/1987, 102/1988, 139/1988, 178/1989), considerando más acertado metodológicamente primar el estudio del contenido sobre el continente, para lo que utilizaremos el esquema tradicionalmente empleado en Derecho del Trabajo, clasificándolos en derechos individuales, colectivos y de Seguridad Social.

La Constitución dedica diversos preceptos a regular exclusivamente aspectos de la Función Pública y sus empleados (arts. 23.2 y 103.3), otros preceptos dirigidos a la población asalariada en su conjunto (arts. 28, 35, 40.2 y 41), y otros dirigidos al conjunto de los ciudadanos, que, en el seno de una relación de empleo público pueden determinar algunos límites o restricciones sobre todo cuando el ejercicio del derecho puede comprometer el buen funcionamiento del servicio. El que los derechos fundamentales del funcionario puedan sufrir más limitaciones que los del resto de los ciudadanos, en consonancia con las funciones a prestar, no constituye una restricción generalizada y homogénea para todos los funcionarios por el hecho de serlo. Así, en ningún caso pueden ser ignorados, porque del mismo modo que la celebración de un contrato de trabajo no permite obviar a una de las partes: el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, la vinculación del funcionario con el Poder Público al que sirve no puede anular lo que la Constitución dispone y a lo que los Poderes Públicos están más que nadie vinculados (arts. 9.3 y 103.3 CE).

Conforme a estos razonamientos, no se ha puesto en duda que los principios y derechos constitucionales se aplican también a los funcionarios, e incluso

para algunos forman parte de su propio Estatuto. Tal es el caso de la dignidad de la persona, la inviolabilidad de sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, edad, religión, opinión o cualquier circunstancia personal o social (art. 14 CE), incluida la del acceso a las funciones públicas (art. 23.2 CE), del derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto y de no declarar sobre tales creencias, del derecho a la intimidad, de la libertad de expresión y comunicación, producción intelectual y libertad de cátedra, del derecho a la tutela judicial efectiva y a la no indefensión, o del derecho a no ser administrativamente sancionado sino de acuerdo al principio de legalidad¹⁸³. La importancia de estos preceptos está en que constituyen un auténtico «*Estatuto constitucional de los funcionarios*¹⁸⁴», indisponible para el legislador, si bien, éste es libre, dentro del mandato del artículo 103.3 CE, de dar configuración legal a aquellos aspectos susceptibles de ello. En virtud de éste, se habrá de definir el Estatuto de los funcionarios públicos, que entre otras materias habrá de contener la regulación del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones (art. 103.3 CE). No obstante, el legislador podrá definir en un «Estatuto legal», derivado exclusivamente de la Ley, otras materias no referidas en la Constitución, ya que puede legislar en principio sobre cualquier materia sin necesidad de poseer un título específico para ello, con los únicos límites derivados de la Constitución.

Hechas estas premisas, pasamos seguidamente a detallar el contenido del Estatuto de los funcionarios, deteniéndonos tan sólo, por razones de espacio, en los derechos de índole profesional, distinguiendo entre derechos colectivos, derechos colectivos y derechos de Seguridad Social; aunque éstos últimos, por razones de espacio, serán tratados en otro momento posterior.

¹⁸³ RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Trabajo, Función Pública...», op. cit., p. 21.

¹⁸⁴ A similar conclusión parece haber llegado el legislador cuando en el artículo 314 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, otorga protección penal a estos derechos, determinando que: «Los que produzcan una grave discriminación en el empleo público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la Ley tras requerimientos o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión [...]».

III. LOS DERECHOS COLECTIVOS DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

A) INTRODUCCIÓN

En este apartado estudiaremos los derechos colectivos del personal al servicio de las Administraciones públicas. La heterogénea tipología de servidores y empleados públicos y su diversidad de regímenes jurídicos dificulta, como ocurrirá en el resto de materias correspondientes a su Estatuto, la sistematización de la materia.

Por ello, estudiaremos los derechos colectivos dividiendo la materia en los análisis de los derechos más significativos; a saber, derecho de libertad sindical, derecho de huelga, derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, derecho de representación unitaria y derecho de negociación colectiva. El análisis de los derechos colectivos muestra su importancia, al conseguir con su ejercicio la defensa de los intereses del personal laboral y funcionarios al servicio de la Administración. Tienen por ello una finalidad de resultado.

El reconocimiento de los derechos colectivos al personal funcionario ha sido reciente: a partir de la Constitución de 1978; e incluso hoy día no se ha producido de forma uniforme para todos los colectivos de funcionarios; fundamentalmente por razones de la función desempeñada, aunque pueden apuntarse razones de índole política, así ocurre, entre otros, con el personal de las Fuerzas Armadas.

De los derechos colectivos en la Función pública, la Constitución sólo se refiere claramente al de libertad sindical (art. 28.1). No obstante, los derechos colectivos de los funcionarios públicos se han ido ampliando, bien por vía de interpretación de otros preceptos constitucionales (art. 28.2 y 37.2 de la Constitución), bien por el reconocimiento por el legislador a la hora de definir su Estatuto.

B) EL DERECHO DE LIBERTAD SINDICAL

1. Consideraciones previas

La transición democrática trajo consigo la constitucionalización del derecho de libertad sindical, merecedor de la más alta tutela jurídica. Se trata de un derecho de contenido complejo, que incluye otros derechos, lo que el artículo 28 CE

precisa, cuando afirma que “la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas” y añade que “nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato”, lo que se denomina como libertad sindical negativa. Pero junto a estos derechos forman parte también del contenido del derecho de libertad sindical el de acción sindical, el de negociación colectiva, el de interponer medidas de conflicto colectivo y de huelga. Derechos que tienen un distinto grado de reconocimiento y ejercicio en función a los distintos empleados públicos. En cualquier caso no podemos dejar de afirmar que el derecho de libertad sindical no es ilimitado ni absoluto (STC 172/1995), como ocurre con el resto de derechos fundamentales.

2. Regulación del derecho de libertad sindical

El artículo 28 CE establece que “Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá imitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos Armados o a los demás cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos”. Este precepto es punto de intersección entre el personal laboral y el personal funcionario al servicio de la Administración pública; que sería desarrollado por la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS en adelante); donde se consideran trabajadores, a los efectos de esta ley, tanto a los sujetos de una relación laboral como aquellos con relación administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas, lo que supone considerar a la Función pública, con el beneplácito del Tribunal Constitucional, como un sector más desde el punto de vista de la representatividad sindical¹⁸⁵.

La LOLS posee la doble condición de formar parte de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos y constituir desarrollo del derecho de libertad sindical (STC 98/1985). Y supone además un punto de partida sin precedentes en la nueva concepción de las relaciones colectivas en la Función pública¹⁸⁶. La LOLS ya anunciaba otra ley, la 9/1987, que a la postre trasladaría a la Función pública determinados esquemas del sector privado. Fue la regulación de esta materia en una ley orgánica al margen del Estatuto de los funcionarios

¹⁸⁵ REY GUANTER, S. (DEL): “Libertad sindical y funcionarios públicos” en VVAA: Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Ed. Tecnos. Madrid, 1986, pp. 94-95.

¹⁸⁶ REY GUANTER, S. (DEL): “Libertad sindical y funcionarios públicos”..., op. cit., p. 95.

públicos previsto en el artículo 103.3 de la Constitución uno de los motivos de inconstitucionalidad que se achacó al Proyecto de la LOLS. El Tribunal Constitucional zanjó la cuestión de si el Estatuto de los funcionarios debía contenerse en un solo instrumento legislativo o podía estar en varios, sosteniendo que: “tanto el artículo 28 como el 103.3 de la Constitución remiten a la ley, pero es evidente que el término se refiere al rango de la norma o más genéricamente al legislador, sin que se defina una norma específica, o sea que no implica la necesidad de que la sindicación de los funcionarios públicos y sus peculiaridades se regulen en un único instrumento legislativo (STC 98/1985)”.

3. Titularidad del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos

La equiparación entre trabajadores y funcionarios del derecho de libertad sindical no es absoluta:

1º De un lado, se observan determinados colectivos de funcionarios que han visto restringido, prohibido el derecho de libertad sindical, o que se han establecido peculiaridades en el ejercicio de su derecho. Así ocurre con los funcionarios de las Fuerzas Armadas o Institutos Armados de carácter militar, respecto a los que el artículo 28 de la Constitución permite limitar o exceptuar el ejercicio del derecho de sindicación o abstenerse de ambas intervenciones normativas. El legislador (art. 1.3 LOLS) ha optado por la más restrictiva, al exceptuarlos del derecho de libertad sindical, aunque conservan su titularidad. Es la opción elegida entre las tres que daba la Constitución, por razón de la función que desempeñan las Fuerzas Armadas, aunque no se descartan motivos de oportunidad política, ante el recelo de que los militares intervengan en la vida pública.

Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, a saber policía y guardia civil, tienen distinta regulación en relación al derecho de libertad sindical. La LOLS se remite a la Ley Orgánica de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, distinguiéndose cuatro situaciones:

- i. Cuerpo nacional de policía, excluido de la LOLS respecto al derecho de sindicación.
- ii. Guardia Civil, que tiene prohibida la pertenencia a sindicatos.
- iii. Policía autonómica, cuyo régimen estatutario estará determinada por la Comunidad Autónoma.

iv. Policía local, a los que se aplica la LOLS sin particularidades. El Tribunal Constitucional (STC 273/1994) ha precisado que la libertad de sindicación de los policías locales "no se circunscribe exclusivamente a la afiliación y constitución de organizaciones sindicales, sino que, aquélla también alcanza a lo que se conoce como acción sindical (SSTC 70/1982, 127/1989, 30/1992), siempre que no se excedan los límites legalmente establecidos"; a saber, "el respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas, como la intimidad y la propia imagen, así como el crédito y prestigio de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, la seguridad ciudadana de los propios funcionarios y la garantía del secreto profesional.

En relación a la libertad sindical de Jueces, Magistrados y Fiscales, el artículo 28 de la Constitución hay que conjugarlo con el 127, que exceptúa, no ya de la titularidad sino del ejercicio de este derecho, a Jueces, Magistrados y Fiscales; prohibición que no se ha considerado objetiva¹⁸⁷ ni adecuada por el Tribunal Constitucional, que ha precisado que la situación estatutaria de Jueces es más rigurosa que la de los funcionarios de la Administración Civil del Estado (STC 108/1986). Este personal tiene derecho de asociación profesional, negándosele el derecho de libertad sindical y, en consecuencia, el derecho de huelga, de negociación colectiva y de representación unitaria (art. 1.4 LOLS). Tales asociaciones sólo pueden estar integradas por Jueces y Magistrados en servicio activo.

2º En segundo término existen otros funcionarios respecto a los que no se introducen peculiaridades en el ejercicio del derecho de libertad sindical, que puede interpretarse como una remisión tácita a la normativa genérica (LOLS y LOR). Así, personal al servicio a la Administración de Justicia se aplica la LOR y la LOLS, dado que la LOPJ contiene una norma de reenvío a ambos textos. Al personal al servicio de las Cortes Generales se les reconoce el derecho de sindicación sin más limitación que el cumplimiento del deber de imparcialidad, implícito por demás en todo funcionario. Respecto al personal al servicio del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Constitucional, sus Estatutos específicos no introducen particularidad alguna.

En resumen, se distingue entre un derecho de libertad sindical pleno de los funcionarios públicos, y obviamente del personal laboral al servicio de las Administraciones públicas en los mismos términos que los trabajadores al servicio de empresas privadas; y un derecho de libertad sindical que puede ser limitado o

¹⁸⁷ MARTINEZ ABASCAL, A.V.: "Relación de empleo público...", op. Cit. p. 129

exceptuado o regulando peculiaridades en el ejercicio de su derecho; peculiaridades "derivadas de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir por mandato constitucional, la acción de la Función pública y que no puede ser objeto de subversión ni menoscabo (STC 143/1991)".

4. Contenido del derecho de libertad sindical

El artículo 28 de la Constitución establece el derecho de libertad sindical como un derecho de contenido complejo, al precisar que "la libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas". El artículo 2 de la LOLS precisa aún más el contenido del derecho de libertad sindical. Pero ha sido el Tribunal Constitucional el que ha tenido ocasión de interpretar ambos preceptos, considerando que existe un contenido esencial y un contenido adicional del derecho de libertad sindical; y que dentro de ella se encuentran comprendidos el derecho de negociación colectiva, el ejercicio del derecho de huelga, el planteamiento de conflictos individuales y colectivos y a la presentación de candidaturas a las correspondientes elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios públicos. Sin olvidar que dentro del contenido del derecho de libertad sindical se integra un contenido colectivo, dentro del que se integra la participación institucional de los sindicatos¹⁸⁸.

El artículo 53.1 de la Constitución impone al legislador el respeto al contenido esencial del derecho para la regulación del mismo, por ello al ser la LOLS el desarrollo legislativo del artículo 28 de la Constitución debe respetar el contenido esencial de la libertad sindical.

C) EL DERECHO DE HUELGA.

1. Consideraciones previas.

El artículo 28.2 CE establece que "se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de los intereses. La ley que regule el ejercicio de este

¹⁸⁸ La denegación de la participación de sindicatos suficientemente representativos en comisiones que realizan propuestas de resolución a la Administración pública sobre comisiones de servicio no ha sido considerada vulneradora del derecho de libertad sindical, lo que se produciría si se negara la entrada de los mismos por haber suscrito o no un determinado pacto, STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7ª) de 15 de marzo de 1993 (RAJ 1945). Como ocurre cuando se deniega la participación de un sindicato más representativo en una comisión de valoración de méritos de puestos de funcionarios por no haber suscrito pacto anterior con la Administración, STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7ª) de 24 de abril de 1991 (RAJ 3324).

derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”.

El reconocimiento del derecho de huelga a los trabajadores de forma precisa, nos lleva a plantear si este derecho se reconoce o no a los funcionarios públicos¹⁸⁹. Pues dependerá de si se hace una interpretación restrictiva o amplia del precepto constitucional.

La problemática nace porque tradicionalmente se han considerado contrapuestos los derechos de huelga y Función pública. Todo ello en base a tres criterios: uno subjetivo, en razón a los sujetos que ejercen el derecho de huelga (funcionarios), otro objetivo, por las repercusiones directas de la huelga sobre el cumplimiento de los fines superiores que el Estado tiene encomendados, de forma que la huelga impediría la satisfacción de los intereses públicos y, por último, que existe un tercer afectado en la huelga de funcionarios: el público¹⁹⁰. Unido a la situación de supremacía especial de la Administración respecto al funcionario público.

Superada la teoría estatutaria por el reconocimiento de derechos colectivos a los funcionarios públicos, en base a la que el derecho de huelga es contenido esencial del derecho de libertad sindical, el Tribunal Constitucional afirma que “un sindicato sin derecho al ejercicio de la huelga quedaría, en una sociedad democrática, vaciado prácticamente de contenido (STC 11/1981)”; dado que “constituyen contenido esencial de un derecho subjetivo aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así” o “puede entenderse como aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a

¹⁸⁹ La polémica sobre si los funcionarios tienen o no derecho de huelga también se plantea en EEUU, donde está prohibida por ley o por Derecho común; sin embargo, en algunos ámbitos está comenzando a aceptarse la huelga de los funcionarios públicos, justificada en que es la única forma de llegar a la negociación de convenios, además porque es difícil separar a los funcionarios de los trabajadores que prestan servicios en el sector público; aunque no se acepta para determinados funcionarios, como bomberos, policía y se cuestiona para el personal docente. Vid. GOULD, W.B.: *Nociones de Derecho norteamericano*, pp. 154-155.

¹⁹⁰ Razones aducidas por BAYLOS GRAU, A.: *Derecho de huelga y servicios esenciales*. Ed. Tecnos. Madrid, 1987, p. 28.

limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección (STC 11/1981)”.

El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo regula el derecho de huelga de los trabajadores, sin referirse a los funcionarios públicos; lo que no es de extrañar pues en 1977 aún no tenían éstos reconocidos los derechos colectivos. Por ello se ha considerado que el Tribunal Constitucional ha perdido una importante oportunidad de pronunciarse sobre el derecho de huelga de los funcionarios públicos¹⁹¹. Sin embargo, dicha norma se aplica a los funcionarios, como ha declarado el Tribunal Supremo en alguna ocasión.

D) EL DERECHO A INTERPONER MEDIDAS DE CONFLICTO COLECTIVO Y PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS.

Hemos de diferenciar entre las medidas de conflicto colectivo y los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos.

1. El derecho a interponer medidas de conflicto colectivo

a) Consideraciones previas

El artículo 37.2 CE reconoce el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo, paralelamente al derecho de huelga. La redacción del precepto plantea el problema de la determinación de su titularidad. Como ocurriera respecto al derecho de huelga, el término «trabajadores» ha de ser interpretado en sentido amplio¹⁹², pues el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, que pudiera ser vulnerada si se negase este derecho a los funcionarios, ya que lo desnaturalizaría (STC 11/1981). Determinadas razones avalan esta afirmación: primero, los funcionarios públicos entran en el ámbito subjetivo de la LOLS, que en su artículo 2.2.d) reconoce el derecho a adoptar medidas de conflicto individual y colectivo; además, el Convenio n° 151 OIT reconoce el derecho de los em-

¹⁹¹ DIEZ SÁNCHEZ, J.J. “El ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la Función pública” en VVAA *Ley de Huelga*. Instituto Sindical de Estudios. Madrid, 1993, p. 243.

¹⁹² REY GUANTER, S. (DEL): «Libertad sindical y funcionarios públicos». En VV.AA.: *Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical*. Ed. Tecnos. Madrid, 1985, p. 97. LOPEZ GANDIA, J.: *Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución española*. Revista de Derecho público n° 83, 1981, p. 427.

pleados públicos a la adopción de medidas de conflicto colectivo y la consiguiente utilización de procedimientos de solución heterónoma de los mismos, permitiendo restricciones (aunque no la supresión), de este derecho en lo que atañe a miembros de las Fuerzas Armadas y Policía.

b) Titularidad del derecho

Este derecho no se reconoce por igual a todos los empleados públicos, aplicándose iguales limitaciones que para el derecho de huelga, lo que significa que está prohibido a militares y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (art. 6.8 LOFCSE) y no regulado (en sentido permisivo o prohibitivo) para Jueces, Magistrados y Fiscales. De otro lado, se reconoce al resto de funcionarios públicos inspirándose a veces en la regulación establecida con carácter general, en otras ocasiones se establece la supletoriedad expresa (personal al servicio de las Cortes) o una norma de reenvío (personal al servicio de la Administración de Justicia), no regulándose tal derecho en otros casos (las leyes de Función pública autonómica no establecen expresamente este derecho), si bien, en virtud de la cláusula de supletoriedad de la normativa general en todo lo que no sea contrario a lo dispuesto en la norma particular (personal al servicio del Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional, personal docente, universitario y no universitario), lo que conllevará a la aplicación de la legislación general en esta materia.

No obstante, se observa una diferencia entre titularidad de los derechos de huelga y de conflicto colectivo de los funcionarios de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a los que se les prohíbe ejercer acciones sustitutivas del derecho de huelga, lo que puede interpretarse como una prohibición del ejercicio pero no de la titularidad de este derecho.

En suma, podemos afirmar que existe también en este derecho una fragmentación del Estatuto de los funcionarios públicos, al no reconocerse de manera homogénea a todos los empleados públicos. El reconocimiento de este derecho ha contribuido a la superación de la teoría estatutaria de la relación de empleo público; pues, al existir una contraposición y un conflicto de intereses no solventados por la vía de la negociación se llega a la utilización de medidas de conflicto, ajenas a la teoría estatutaria, por la que se negaba el derecho a la utilización de medidas de conflicto, incluida la huelga¹⁹³.

¹⁹³ RUSCIANO, M.: *L'impiego pubblico* pp. 131-132. PALOMAR OLMEDA, A.: *Derecho de la Función pública...*, op. Cit, p. 51.

c) Contenido del derecho

El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo forma parte del Estatuto de los funcionarios públicos, por lo que ha de ser regulado por ley, pudiendo contenerse en la misma disposición normativa para trabajadores y funcionarios, o en diversas normas. Este derecho comprende la utilización de otras medidas de conflicto distintas a la huelga en supuestos de desacuerdo de los funcionarios con la Administración, y pueden ser utilizadas cuando las vías de negociación y de recurso a los procedimientos extrajudiciales de solución del conflicto colectivo se hayan agotado, puesto que en última instancia, es preferible llegar a un acuerdo negociado antes de utilizar las medidas de conflicto colectivo o, en su caso, recurrir a procedimientos como la conciliación, la mediación o el arbitraje, como prevé el Convenio nº 151 OIT. En este contexto es importante la labor que puede desarrollar la negociación colectiva en el ámbito de la Función pública, donde se regulen procedimientos de solución de conflictos colectivos.

El RDLRT, aplicable a los funcionarios en materia de huelga, podría extenderse con precauciones a la utilización de medidas de conflicto colectivo¹⁹⁴.

2. Los procedimientos de solución de conflictos colectivos en la Función pública

Ante la aparición del conflicto, los sujetos del sistema de relaciones industriales tienen derecho a utilizar procedimientos de solución de los mismos. Se trata de la conciliación, la mediación y el arbitraje y se entiende por éstos, "aque- llos procedimientos o sistemas que tienen como finalidad esencial lograr la composición de los intereses enfrentados y la terminación de un concreto conflicto colectivo exteriorizado en torno a ellos"¹⁹⁵. El buen funcionamiento de estos medios podría evitar posteriores medidas de conflicto, entre ellas la huelga.

El derecho de los funcionarios a recurrir a procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos se basa en el artículo 2.2.d) LOLS, que reconoce el derecho de libertad sindical, de cuyo contenido esencial forma parte el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y, por ende, utilizar procedimientos

¹⁹⁴ MARTÍN VALVERDE, A.: «La huelga en las Administraciones públicas: Titularidad, límites y procedimiento». En VV.AA.: *Seminario sobre relaciones colectivas en la Función pública*. IAAP. Sevilla, 1989, p. 370. Por contra, BLASCO ESTEVE, A.: «El derecho de huelga...», op. cit., p. 2634

¹⁹⁵ ALONSO GARCIA, M. cit. en GONZALEZ ORTEGA, S.: «Los medios de solución...», op. cit., p. 411

de solución de los mismos. La negociación colectiva tiene también un importante papel en la regulación de los procedimientos de solución de conflictos colectivos, pero se plantea, a su vez, otro problema, su escaso desarrollo.

Se cuestiona la aplicación del RDLRT al personal estatutario al servicio de la Seguridad Social¹⁹⁶, que nada establece, pero tampoco prohíbe¹⁹⁷, en relación a los funcionarios públicos. La aplicación de esta norma ha de hacerse con cautelas; sin que podamos dejar de preguntarnos por qué no existe una regulación específica para los funcionarios en la materia. Las razones pueden ser la falta de un referente en el ámbito laboral y la falta de claridad de la Constitución en la regulación de los derechos colectivos de los funcionarios públicos. A esto ha de sumarse el escaso desarrollo de la negociación colectiva funcionarial, extremadamente importante para la regulación de estos procedimientos.

La utilización de tales procedimientos no puede sustituir ni cerrar la vía judicial, pues supondría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 4/1988). «Ratione materiae» correspondería a la jurisdicción social la resolución de los conflictos derivados de la interpretación del RDLRT, inicialmente pensado para los trabajadores. En caso de no aplicación de esta norma a los funcionarios públicos sería la jurisdicción contencioso-administrativa la que entendería sobre conflictos, pues el artículo 2 TRLPL establece que los órganos jurisdiccionales del Orden Social conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan en procesos de conflicto colectivo entre trabajadores y empresarios, y hemos de recordar, que si bien el concepto de trabajador y funcionario coincide en determinadas normas sustantivas laborales, no ocurre lo mismo en normas procesales laborales.

La regulación de los procedimientos de solución de conflictos colectivos en la Función pública es escasa, limitándose al derecho a nombrar un mediador o mediadores «cuando no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos y pactos (art. 38.1 LOR)» y la elección de un árbitro para resolver los conflictos planteados en materia electoral¹⁹⁸, donde se ha producido, por Leyes 11 y 18/1994, la unificación de dicho sistema para trabajadores y funcionarios públicos.

¹⁹⁶ Así se pronuncia el Tribunal Supremo, véase ROMAN VACA, E.: El proceso especial de conflictos colectivos de trabajo. Ed. Civitas. Madrid, 1992, p. 112.

¹⁹⁷ GONZALEZ ORTEGA, S. "Los medios de solución...", op. Cit., p. 430.

¹⁹⁸ RODRIGUEZ RAMOS, M. J./PEREZ BORREGO, G.: Procedimiento de elecciones a representantes de trabajadores y funcionarios públicos. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1995, pp. 416-441.

La importancia de la regulación de los procedimientos de solución de los conflictos colectivos en la Función pública, fundamentalmente para solventar conflictos en la negociación colectiva, es mayor que en el ámbito privado, pues, en caso de que no se llegue a un acuerdo, el Gobierno podrá establecer unilateralmente las condiciones de trabajo (art. 35.3 LOR en relación con el 37.2 LOR); pues el artículo 32 LOR garantiza la negociación, pero no un determinado resultado de ella¹⁹⁹.

El artículo 38 LOR sólo establece dos reglas procedimentales sobre la mediación: la elección del mediador o mediadores de mutuo acuerdo, lo que destaca el carácter voluntario y consensual de este tipo de procedimiento, y las propuestas del mediador y la oposición de las partes si existe han de hacerse públicas de inmediato (38.3 LOR). Se ha suprimido la exigencia del carácter razonado y por escrito del mediador, lo que ha introducido inseguridad jurídica y menor eficacia. La propuesta del mediador, en caso de ser aceptada por las partes, tendrá la misma eficacia que un acuerdo²⁰⁰.

El ámbito de aplicación de dicho procedimiento extrajudicial se extiende a dos situaciones establecidas por el legislador: en casos en que no sea posible llegar a un acuerdo en la negociación (conflictos de intereses) y cuando surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos y pactos (conflictos jurídicos). De forma que la mediación está íntimamente conectada con la negociación de Acuerdos y Pactos, sin que pueda entenderse que dicho procedimiento extrajudicial implique una limitación, y menos una vulneración, del derecho de los funcionarios a adoptar medidas de conflicto colectivo en supuestos en que no se alcance un acuerdo en la negociación.

El artículo 37.2 LOR, considerado una *forma sui generis* de finalizar el conflicto²⁰¹, determina que corresponderá al Gobierno o a las demás Administraciones públicas en sus respectivos ámbitos establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, cuando no se produzca acuerdo en su negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal del artículo 35 LOR. Sin embargo, si la Administración impone unilateralmente las condiciones

RODRIGUEZ RAMOS, M. J./PEREZ BORREGO, G.: "Ambito objetivo del arbitraje electoral obligatorio". Op. cit...

¹⁹⁹ STS (Contencioso-Administrativo) de 14 de mayo de 1993 (RAJ 3588)

²⁰⁰ SALA FRANCO, T./ROQUETA BUJ, R.: Los derechos sindicales de los funcionarios públicos..., op. Cit., p. 337.

²⁰¹ OJEDA AVILES, A.: Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 9/1987, de 12 de mayo". Relaciones Laborales núm. 18, 1988, p. 25.

de trabajo al haber fracasado la negociación, su actuación no puede considerarse como «medio de solución de conflictos colectivos», que se caracterizan bien por la solución bilateral negociada (conciliación y mediación) o por el recurso a un tercero dotado de poderes dirimientes (árbitro o juez). En el momento en que una de las partes, abusando de su posición jurídica imponga sus criterios, estaremos ante AUTOTUTELA, que en raras ocasiones acabará con el conflicto, puesto que la parte perjudicada siempre podrá utilizar otros recursos como la huelga o el control jurisdiccional del «criterio» impuesto por la Administración en ejercicio de potestades ablatorias, modificando situaciones jurídicas, bien a través de actos administrativos, bien promulgando reglamentos; pues éstos, como manifestación de la actividad administrativa siempre serán controlables por los tribunales por juego del artículo 106.1 CE. En todo caso, al menos en el primer supuesto en el que actúa la mediación, podemos considerar que ésta tiene un carácter residual como procedimiento heterónimo de solución de conflictos colectivos en la Función pública; ante la posibilidad de que la Administración determine unilateralmente las condiciones de trabajo, sin necesidad de la intervención de un tercero; lo que podría implicar la vulneración de lo dispuesto en el Convenio 151 OIT²⁰².

Respecto al segundo supuesto de intervención de un mediador -cuando existan conflictos en el cumplimiento de acuerdos y pactos-, parece que la mediación no tendrá carácter residual, aunque será más o menos entorpecida en función a que se llegue o no a un acuerdo entre ambas partes, lo que no es siempre fácil cuando, como ha precisado DEL REY, la parte incumplidora ha de prestar su consentimiento²⁰³. En ambos casos no puede entenderse que se produzca una dejación de la Administración respecto a determinadas materias, ya que, se trata de materias negociables (art. 32 LOR, en relación con los arts. 33 y 34 LOR), y no determinables unilateralmente.

El procedimiento de la mediación no deja de ser en la Función pública meramente anecdótico, no sólo por la posibilidad de determinación unilateral de las condiciones de trabajo del artículo 37.2 LOR, sino también por la necesidad, como cualquier procedimiento voluntario, de acudir al mismo y nombrar al mediador de acuerdo entre las partes.

El artículo 35 in fine LOR prevé la creación potestativa, por acuerdo entre las partes, de una Comisión de seguimiento del Acuerdo o pacto, y sin que sea

²⁰² OJEDA AVILES, A.: "La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio Internacional núm. 151 OIT". Relaciones Laborales núm. 11, 1985, p. 31.

²⁰³ REY GUANTER, S.(DEL): Comentario a la Ley de Organos..., op. Cit., p. 249.

contenido mínimo o necesario de pactos o acuerdos. La creación de la Comisión en el ámbito de la Función pública conlleva problemas que no han sido resueltos por el legislador, como las funciones que puede realizar, su composición, las reglas procedimentales a seguir o la eficacia de los acuerdos de solución de conflictos, si le atribuye dicha función, entre otras cuestiones. En el ámbito laboral se deja claro que dicha Comisión ha de ser paritaria y se le concede a las partes negociadoras la determinación de las funciones de la Comisión y de los requisitos procedimentales para solventar las discrepancias en el seno de la misma. Nada obsta para que las Mesas de negociación en la Función pública puedan determinar las funciones de la Comisión, las reglas de procedimiento o la composición de las mismas.

La imposibilidad de llegar a un acuerdo no sólo puede llevar al nombramiento de un mediador o mediadores, sino la posibilidad de que el Gobierno o los órganos de gobierno de las demás Administraciones públicas establezcan unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 37.2 LOR); lo que limita el recurso a la mediación del artículo 38 LOR, al no necesitar la Administración de la intervención de un tercero para llegar a un acuerdo. Este precepto muestra claramente la conexión entre negociación colectiva y conflicto en el ámbito de la Función pública y la debilidad de la negociación de los funcionarios, al atribuir a una de las partes la potestad de dictar unilateralmente las condiciones de trabajo de la otra parte, que no tiene parangón en el ámbito privado; debiendo regir en toda su extensión el principio de la buena fe en la negociación, planteando la inexistencia de imparcialidad, exigida en los distintos procedimientos heterónomos de solución extrajudicial de conflictos colectivos²⁰⁴.

En suma, se ha producido un trasplante parcial a la Función pública desde el ámbito laboral a raíz del reconocimiento de los derechos colectivos a los funcionarios públicos en cuanto a las manifestaciones que de éstos existen en el ámbito privado. Sin embargo, tal regulación puede inspirarse en la experiencia del ámbito laboral, desde la firma del Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales (ASEC) de 25 de enero de 1996.

E) EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN UNITARIA.

1. Consideraciones previas

El derecho de representación unitaria de los funcionarios públicos forma parte de su Estatuto (SSTC 98/1985, 102/1988), por lo que requiere reserva de

²⁰⁴ GONZALEZ ORTEGA, S.: "Los medios de solución de los conflictos...", op. Cit., p. 453.

ley. El legislador reprodujo para la función pública el esquema diseñado para los trabajadores en el sector privado, semejanzas que se han ido acentuando tras las posteriores reformas legislativas. Se trata de órganos creación de la ley, relacionándose en la Función pública con el artículo 103 de la Constitución.

Al igual que ocurre con otros derechos colectivos, el derecho de representación unitaria no se reconoce por igual a todos los funcionarios públicos, pues el legislador exceptúa de su ejercicio a determinados empleados públicos, como los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar y miembros de la carrera judicial, al tiempo que establece peculiaridades de este derecho para los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, excluyéndolos de la LOR y remitiéndolos a la LOFSE.

La técnica utilizada por el legislador para la regulación del derecho de representación unitaria de los funcionarios consiste en definir este derecho con carácter general en una única norma con vocación de ser aplicada a todos los empleados públicos²⁰⁵. Así, el legislador incluye expresamente en el ámbito de la LOR al personal que preste servicios en las distintas Administraciones públicas, al personal funcionario de los órganos constitucionales y a los funcionarios de la Administración de Justicia; donde vuelve a apreciarse la fragmentación de esta parcela del Estatuto de los funcionarios públicos.

Se aprecian numerosas semejanzas entre ambos sistemas de representación unitaria: el de los trabajadores y el de los funcionarios públicos. Tanto por su estructura, al distinguirse en el primer caso comités de empresa y delegados de personal, y en el segundo entre Juntas de personal y delegados de personal, como en su sistemática y contenido.

Se trata en ambos supuestos de órganos electivos, mediante un proceso electoral que guarda numerosas semejanzas. El proceso electoral cumple una doble función: de un lado, sirve para elegir a los representantes de los trabajadores en el centro de trabajo y en la empresa (o en las unidades electorales de las distintas Administraciones públicas), pero además la audiencia de los distintos sindicatos en los órganos de representación unitaria y electiva de los trabajadores es la que

²⁰⁵ Avala esta tesis el hecho de que con anterioridad a la promulgación de la LOR, el legislador ya había optado por remitir a la futura regulación de este derecho para los funcionarios de las Administraciones públicas a los funcionarios de la Administración Local (art. 95 LBRL), y a un colectivo sui generis como la policía local (art. 52.2 LOFSE), miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; o la circunstancia de que la mayoría de preceptos de la LOR tengan carácter de normas básicas aplicables a las Administraciones públicas.

funda la mayor representatividad sindical o mera o suficiente representatividad de las centrales sindicales; permitiendo establecer diferencias entre los distintos sindicatos en lo que se refiere a materias de tanta relevancia como la negociación colectiva –para el supuesto de los representantes unitarios de los trabajadores– y la participación institucional. En suma, tiene la finalidad constitucional de constatar oficialmente el cuántum de representatividad de los distintos sindicatos, a lo que la ley añade importantes consecuencias (SSTC 208/1989, 53/1982).

La LOR adapta el modelo de representación unitaria de las relaciones de trabajo privadas a la Función pública, inspirándose en criterios como el número de representados para determinar aspectos como la propia existencia del derecho de representación electiva, el órgano que la desarrollará y el número de miembros de que se compondrá (arts. 5, 6, 7 y 8.1 LOR). Así, del mismo modo que el Estatuto de los Trabajadores prevé la existencia de un número mínimo de trabajadores para que sea efectivo el derecho, la LOR exige un número de funcionarios en los ámbitos o unidades electorales previstas por la ley²⁰⁶, sin perjuicio de que en las Administraciones locales se rebaje el número a seis funcionarios, y en determinadas unidades electorales se exija un número sensiblemente superior para poder constituirse el órgano de representación (arts. 1.1.2 y 3.3.4 LOR).

Dos son los derechos que pueden ejercitar los funcionarios públicos derivados del de representación electiva: sufragio activo y sufragio pasivo. El primero se concreta en el derecho a participar en la elección de los componentes del órgano de representación, que serán sus representantes de forma mancomunada o colegiada según se trate de Delegados o Juntas de Personal, y en el derecho-obligación de participar en la Mesas electorales según las reglas legales que regulan esta materia (arts. 25 y 26 LOR); el de sufragio pasivo hace referencia al derecho de los funcionarios a ser representantes, ser candidatos y poder ser elegidos. En este aspecto del derecho de representación unitaria se reconocen importantes derechos a los sindicatos como son la promoción de elecciones (art. 13 LOR) y el derecho a presentar candidaturas (art. 17 LOR), ambos integrantes del contenido adicional del derecho de libertad sindical [arts. 2.2.d) y 6.3.e) LOLS] (SSTC 104/1987, 9/1988). Las semejanzas con el proceso electoral en el ámbito privado se han acentuado, al concebirse las elecciones sindicales como un único proceso para trabajadores y funcionarios, si bien con las lógicas peculiaridades de las personas jurídicas públicas.

²⁰⁶ Para una visión global del procedimiento electoral, RODRIGUEZ RAMOS, M^º J./PEREZ BORREGO, G.: Procedimiento de elecciones a representantes unitarios de los trabajadores y funcionarios públicos. Ed. Aranzadi. Pamplona, 1995. Más recientemente, los mismos autores: Las elecciones sindicales en la empresa y en el centro de trabajo. Aranzadi, 2002.

Como ocurre en las relaciones de trabajo privadas, en la Función Pública conviven dos tipos de representaciones: electiva y sindical, a las que se les reconocen una serie de funciones, garantías y competencias. La LOR ha querido evitar dificultades y conflictos entre las distintas representaciones y ha establecido un reparto de papeles claro, configurando los órganos de representación unitaria en la Función pública en la línea tradicional de instituciones de participación, como órganos de mera consulta e información, y reconoce el monopolio de las representaciones sindicales en las funciones genuinamente sindicales como la negociación colectiva, conflictos colectivos y medidas de conflicto, particularmente la huelga.

F) EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DE PARTICIPACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO

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

a) Reconocimiento del derecho.

El debate sobre la determinación unilateral de las condiciones de trabajo, como característica del Derecho funcionarial y el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, ha sido superado desde la promulgación de la LOR; aunque en la LMRFP ya se aludía a este derecho (art. 3.2.b), así como en la LOLS [arts. 2.2.d), 6.3.c) y 8.2.b)].

Ante la duda de si este derecho estaba reconocido a los funcionarios públicos, y si se encontraba, en su caso en el artículo 37 ó en el 28 de la Constitución, le tocó pronunciarse al Tribunal Constitucional. Sus primeros pronunciamientos negaron refrendo constitucional a la negociación colectiva funcionaria (STC 57/1982). La postura mayoritaria, mantenida por el Tribunal Supremo y por un sector importante de la doctrina, defiende que el artículo 37 CE alude al derecho a la negociación colectiva entre representantes de trabajadores y empresarios, lo que excluye la negociación colectiva de los funcionarios, y reconocen que son los artículos 28.1 y 103.3 CE, en relación con el artículo 7 CE, los que refrendan a nivel constitucional la negociación colectiva de los funcionarios, lo que es determinante para establecer un modelo diferenciado de negociación respecto al laboral²⁰⁷.

²⁰⁷ MARTINEZ ABASCAL, A.V.: "Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa". VVAA: Seminario sobre relaciones colectivas en la Función pública. Sevilla, 1999, pp. 313-319.

La LOR supuso una verdadera revolución en la Función pública, al suponer un «fuerte desgajamiento de la habitual imposición unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración»²⁰⁸. Pero, no sería hasta la Ley 7/1990, de 19 de julio, de reforma de la LOR, cuando comenzara a hablarse de derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos y no de determinación de las condiciones de trabajo.

b) Titularidad del derecho.

En uno y otro caso quedan zanjadas las dudas sobre la integración en el Estatuto de los funcionarios públicos de las reglas de negociación colectiva (STC 102/1988), aunque su titularidad se predica de determinados funcionarios, está prohibida a otros y limitada a otros tantos. Así se refleja en los distintos Estatutos particulares de forma diversa, de un lado se inspirará en los criterios de regulación establecidos por la ley para los funcionarios públicos en algunos casos, como el personal de las Cortes Generales al que se aplica la normativa general por vía de supletoriedad, pues el resto de órganos constitucionales está incluido en el artículo 1 LOR; de otro, existen normas de reenvío a la legislación general de funcionarios públicos (caso de las policías locales y en atención a las especificidades de sus funciones), previa inclusión expresa en el artículo 1.2 LOR (personal al servicio de la Administración de Justicia, personal al servicio del Consejo de Estado, personal estatutario). Por último, el artículo 2.1.b) LOR excluye a Jueces, Magistrados y Fiscales y miembros del Cuerpo Nacional de Policía del derecho de negociación colectiva, regulándose para éstos últimos en la sección tercera del Capítulo IV LOFCSE y prohibiéndose a los miembros de la Guardia Civil y de las Fuerzas Armadas.

c) Manifestaciones de la autonomía colectiva de los funcionarios públicos.

Ciertamente la historia de la Función pública en España ha estado y está llena de negociaciones entre la Administración y sus Cuerpos funcionariales, pero ahora son verdadera fuente de la relación de empleo público y tienen fuerza de obligar por sí mismos.

c.1) Pactos y Acuerdos.

El legislador ha optado por determinadas manifestaciones de la autonomía colectiva, al distinguir entre Acuerdos y Pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 35 LOR).

²⁰⁸ OJEDA AVILES, A.: "La negociación colectiva de los funcionarios...", op. Cit., p. 23.

Los **Pactos** versarán sobre materias que se correspondan con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes, formando parte del cuadro de fuentes del Derecho funcional.

Los **Acuerdos** versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales, siendo necesaria la aprobación expresa y formal de los mismos para que sean válidos en su ámbito específico²⁰⁹.

Existen semejanzas entre ambos: 1. Ambos han de remitirse a la Oficina pública regulada en la LOLS y publicarlos de inmediato en el BOE o en los diarios correspondientes. 2. Han de tener un contenido mínimo o necesario e imperativo, como ocurre en el artículo 85 TRET respecto a la negociación colectiva laboral (partes que intervienen en el mismo, plazo de vigencia, ámbito personal, funcional y territorial (art. 35 párrafo tercero LOR). Si falta de alguno de los requisitos el pacto o el acuerdo debe considerarse nulo por inexistente.

Las diferencias fundamentales entre Acuerdos y Pactos son la distinta naturaleza de los órganos en cuyo ámbito de competencia se suscriben y su distinta eficacia jurídica; ya que, los Acuerdos serán eficaces en su ámbito respectivo previa aprobación expresa y formal de los órganos competentes en las materias reflejadas en los mismos, mientras que los Pactos serán eficaces desde el mismo momento de su adopción. Se trata de una «contratación con alma de convenio y cuerpo reglamentario²¹⁰».

Quizá el problema más relevante de la negociación colectiva funcional sea el de su eficacia, que difiere. Así, los Acuerdos sólo tienen eficacia tras ser aprobados, siendo ésta *directa y erga omnes*; mientras que los Pactos no necesitan ratificación. La negativa a ratificar por los órganos de gobierno lo acordado en las Mesas de negociación ha de tener un fundamento y estar justificada, pues lo contrario supondría vulnerar el derecho de los funcionarios a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo²¹¹. La aprobación del Acuerdo debería producirse en sus justos términos y ser o no ratificado el mismo posteriormente, ya que, las modificaciones introducidas en lo acordado en las Mesas de negociación podría vaciar de contenido este derecho. No llegar a un Acuerdo determina que sea la Administración la que unilateralmente establezca las con-

²⁰⁹ STS (Contencioso-Administrativo) de 16 de noviembre de 1994 (RAJ 9254)

²¹⁰ CARINCI, F.: "La c.d. privatizzazione..." », op. Cit., p. 9.

²¹¹ OJEDA AVILÉS, A.: "Validez y eficacia de la negociación..." », op. Cit., p. 302.

diciones de trabajo de los funcionarios públicos, puesto que la exigencia de la negociación colectiva no implica que la potestad normativa de la Administración quede sustraída cuando en la negociación no se consiga un acuerdo total entre las partes negociadoras, pues el artículo 32 LOR garantiza la negociación, pero no un determinado resultado de ella²¹²; y si la Administración puede, más que ratificar el Acuerdo en sus justos términos, introducir condiciones de trabajo de los funcionarios no pactadas en dicho Acuerdo o distintas a las pactadas, se estaría llegando al mismo resultado: la determinación unilateral por la Administración de las condiciones de trabajo de los funcionarios incluso en supuestos de Acuerdo.

¿Qué ocurre si se promulga una determinada norma sin haber sido prenegociada?. Se trata de un supuesto que ya se ha producido, caso de la Ley 22/1993. El Tribunal Supremo ha entendido que se vulneraría el derecho de negociación en caso de que se eludiera la participación de los sindicatos en la determinación de las condiciones de trabajo²¹³ por lo que, dado que forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical, podría utilizarse las vías procesales de protección de los derechos fundamentales.

c.2) Acuerdos mixtos.

Otra manifestación de la autonomía colectiva de los funcionarios son los Acuerdos mixtos, que regulan en un mismo instrumento convencional las condiciones de trabajo de trabajadores y funcionarios. La proliferación de este tipo de Acuerdos se produjo cuando aún no existía una norma legal que amparase el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, dada la inexistencia de órganos de representación, y la teoría jurisprudencial sobre la inescindibilidad del convenio, fueron los criterios en que se basó el Tribunal Supremo para declarar su nulidad²¹⁴, teoría aceptada también por el Tribunal Constitucional (STC 57/1982).

Razones de fondo que aconsejan la negociación mixta, salvados los obstáculos indicados y previa reforma de la normativa vigente, son la prestación de servicios *fianco a fianco* de trabajadores y funcionarios que, si bien, no vulneran el principio de igualdad, crean un ambiente de desigualdad entre las partes que a

²¹² STSJ (Contencioso-Administrativo) de 14 de mayo de 1993 (RAJ 3588).

²¹³ STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7) de 17 de mayo de 1993 (RAJ 3892)

²¹⁴ STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7) de 18 de marzo, 6, 16, 30 de junio de 1994 (RAJ 2074, 5108, 5289, 5203).

iguales funciones tienen desiguales condiciones de trabajo y de régimen jurídico aplicable, a pesar de prestar servicios al mismo empleador. En segundo lugar, la ósmosis de dichos regímenes jurídicos derivada entre otras por la convivencia de personal laboral y funcionarial, que ha unificado determinadas condiciones de trabajo, no ya entre funcionarios y trabajadores al servicio de la Administración, que es lo que estamos analizando, sino ya incluso entre funcionarios y trabajadores que prestan sus servicios para un empresario privado. Por último, la regulación de aspectos de las relaciones laborales y funcionariales en instrumentos normativos comunes (LOLS, LPRL...), también tendrán su relevancia en esta materia.

En suma, la negociación de Acuerdos mixtos en el ámbito local tropieza con importantes escollos insalvables desde el punto de vista legal. De ahí que se haya afirmado que estos Acuerdos, por su especial naturaleza, no podrían ampararse en la LOR²¹⁵; por ello, sería deseable la negociación de Acuerdos aplicables tanto a personal laboral como funcionarial en este ámbito en base a los principios de igualdad, economía normativa y eficacia administrativa²¹⁶, aunque en la actualidad, a la luz de la regulación legal existente, es bastante improbable, además choca con la exclusión del ámbito de aplicación del TRET; sin embargo, parece que comienzan a considerarse válidos como pactos de eficacia limitada, aplicables, por tanto, sólo a las partes firmantes.

d) Reglas y procedimiento de negociación.

La LOR reconoce capacidad para negociar a los sindicatos más representativos en el ámbito nacional y de Comunidad Autónoma, según los criterios establecidos en la LOLS (arts. 6 y 7); donde se detecta la diferencia más significativa entre la negociación laboral y la funcionarial, cual es la ausencia de reconocimiento de la capacidad de negociación en el ámbito funcionarial a la representación unitaria, aunque sirven para medir el *quantum de la representatividad*, en lo que se ha denominado como monopolio sindical cualificado²¹⁷.

Se asigna la competencia negociadora a unos órganos específicos, formados por los sindicatos más representativos, denominados Mesas de negociación, de la que tienen derecho a formar parte los sindicatos que reúnan los requisitos de capacidad para negociar, debiendo repartirse los puestos en función a la

²¹⁵ OJEDA AVILÉS, A.: "El Acuerdo para modernizar...", op. Cit., p. 325.

²¹⁶ OJEDA AVILÉS, A.: "El Acuerdo para modernizar...", op. Cit., p. 328.

²¹⁷ REY GUANTER, S (DEL): Comentarios..., op. Cit., p. 182.

representatividad acreditada; sin que la LOR establezca nada sobre el porcentaje para la toma de Acuerdos. Se prevé la constitución de una Mesa General de negociación en la Administración del Estado, las CCAA y los Entes Locales, en el ejercicio de sus competencias, y Mesas sectoriales, de actuación supletoria respecto de las anteriores, pues sólo entenderán de los temas que no han sido decisión de las Mesas generales, en determinados sectores que la LOR enumera a título ejemplificativo, permitiendo su ampliación por decisión de la Mesa General y en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de los funcionarios. Tales órganos de negociación han de estar formados por los sindicatos más representativos (los que hayan obtenido en el ámbito nacional al menos un 10% de delegados de personal y miembros de Juntas de personal, y en las Mesas sectoriales, los sindicatos más representativos que hayan obtenido igual porcentaje pero en el ámbito territorial y funcional específico, de forma que, como ha entendido el Tribunal Supremo²¹⁸ los sindicatos suficientemente representativos que no hayan obtenido un 10% en el ámbito funcional y geográfico a que afecta el convenio no podrán negociar en dicho ámbito). Por contra, los sindicatos más representativos podrán también negociar en dicho ámbito, siendo competencia de los entes sindicales que actúen en ese sector²¹⁹.

La exclusión de un sindicato capacitado para negociar implica la vulneración del derecho de libertad sindical, incluso cuando se trate, no de acciones, sino de omisiones, y cuando no se hubiese firmado el pacto anterior²²⁰. Sin embargo, no vulnera el derecho de libertad sindical si se excluye a un sindicato más representativo cuando de la administración del acuerdo o pacto no se derive una nueva negociación o cuando se trata de un simple acto de administración o interpretación de cláusulas (STC 73/1984).

Por parte de la Administración, en el ámbito estatal, se atribuye capacidad para negociar al Ministro para las Administraciones públicas, que además podrá proponer al Gobierno los proyectos de normas específicas sobre personal docente e investigador, sanitario y personal destinado en el extranjero, correspondiendo a cada Ministro la negociación de las materias que no necesitan aprobación por el Gobierno y estén dentro de su ámbito de competencias. La doctrina ha señalado la necesidad de crear un organismo que centralice la negociación para

²¹⁸ STS (Contencioso-Administrativo. Secc. 7) de 30 de abril de 1993 (RAJ 2877)

²¹⁹ GARCIA MURCIA, J.: "Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la Función pública". VVAA.: Seminario sobre las relaciones colectivas en la Función pública. IAP. Sevilla, 1989, p. 187.

²²⁰ SSTS (Contencioso-Administrativo, secc. 7) de 31 de enero de 1991 (RAJ 486).

materias competencia del Gobierno²²¹. En el ámbito local y de Comunidad Autónoma corresponderá al organismo designado por ellos, concretamente en el primer caso al Pleno de la Corporación Local (art. 22 LBRL). La constitución de la Mesa general de negociación es obligatoria, aunque no es precepto básico.

Las Mesas sectoriales se constituirán como mínimo por el carácter imperativo de la disposición, en los siguientes sectores y para el siguiente personal:

- 1) Docente, distinguiendo sendas Mesas sectoriales para los docentes no universitarios y demás funcionarios universitarios, sea o no docente.
- 2) Correos, Telégrafos y *Caja Postal de Ahorros*²²².
- 3) Instituciones sanitarias públicas.
- 4) Administración de Justicia.
- 5) Administración Central e Institucional y de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

El artículo 31.1 LOR no es norma básica, como establece la DF LOR, lo que supone que las CCAA, en el ejercicio de sus competencias, pueden establecer otra distribución de las Mesas y crear un diseño propio de negociación, incluso con composición sindical, lo que sí es norma básica. En las Mesas sectoriales pueden participar sindicatos suficientemente representativos, aunque están excluidos de la fase prenegocial, donde se determina la fecha de comienzo de la negociación y las materias objeto de la misma (art. 33 LOR).

La estructura negociadora que ha diseñado la LOR ha sido criticada por la doctrina administrativista, pues «es un continuo querer y no poder, amagar y no dar. Es, desde el punto de vista formal, fuertemente sindicalista, pero apenas garantiza la efectiva negociación colectiva²²³»; por la doctrina laboralista, porque es sumamente amplia y no reconoce niveles de negociación descentralizados, bien porque las Mesas sectoriales sólo conocen de materias no analizadas en las Mesas generales, bien porque no se reconoce el nivel provincial como sí ocurre

²²¹ OJEDA AVILÉS, A.: Derecho sindical..., op. Cit., p. 822.

²²² Aunque dicho precepto no ha sido modificado, la privatización de dicho Organismo implica la no prestación de servicios por funcionarios públicos; por lo que habrá que entender tácitamente derogado este apartado.

²²³ PIÑAR MAÑAS, J.L.: "Las estructuras...", op. Cit., p. 59.

en el ámbito laboral²²⁴. Sin embargo, si bien uno de los aspectos que puede resultar más conflictivo en la negociación colectiva laboral es qué ocurre en supuestos de concurrencia de convenios colectivos, este problema no parece existir en la negociación en la Función pública, donde hay una relación de jerarquía entre las Mesas e incluso de supletoriedad en cuanto a las materias que pueden negociar, que ha de aplicarse también al resultado de las negociaciones.

El artículo 32 LOR establece las materias negociables, ampliadas cualitativa y cualitativamente tras la reforma de la Ley 7/1990, en un listado *numerus clausus*. Sin embargo, incluso dentro de dichas materias los sujetos no son libres para negociar, pues la reserva de leyes condiciona, siendo preciso distinguir entre materias reservadas a la ley de las que no lo están. De forma que tales materias no son negociables porque no son disponibles por la Administración, mientras que en otro caso sí tiene competencia para regularlo. Por ello, como ha destacado el Tribunal Supremo, la reserva de ley debe interpretarse como una forma de tutela de los derechos de los funcionarios frente al poder ejecutivo, operando como mínimo de derecho necesario, por lo que en los aspectos que sea posible, por permitirlo el legislador, cabe mejorar la regulación estatal y sin que sea posible aplicar la máxima de lo que no está prohibido por la ley está permitido²²⁵. Dentro de las materias negociables reguladas en el artículo 32 LOR, algunas forman parte del contenido del Estatuto funcional en sentido estricto (SSTC 99/1987, 56/1990): sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional (32.1.g LOR), materias que afecten al acceso a la Función pública y carrera administrativa (32.1.j LOR), y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 31.1.k LOR), en las que pueden considerarse incluidos los derechos de los funcionarios; sin embargo, no son negociables el régimen disciplinario o sus deberes.

Son materias negociables, en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración pública, las reguladas en el artículo 32 LOR:

- Incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones públicas que proceda incluir en los Presupuestos Generales del Estado, así como la determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos; sin embargo, no puede negociarse la estructura de la retribución, norma básica del régimen estatutario de los funcionarios públicos,

²²⁴ OJEDA AVILES, A.: Derecho sindical..., op. Cit., p. 819

²²⁵ STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7) de 22 de octubre de 1993 (RAJ 7544)

sin que ello sea causa suficiente para su exclusión del elenco de materias negociables.

- Acomodación de la representación a las disminuciones de plantilla (art. 13 LOR)

- Preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público.

- Determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento.

- Determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afectan de algún modo a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados.

- Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos.

- Clasificación de los puestos de trabajo.

- Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.

- Medidas sobre salud laboral, que habrán de atender a la LPRL, considerada Derecho mínimo indisponible.

- Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función pública, carrera administrativa, retribuciones y de Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija normas con rango de ley.

- Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y de las organizaciones sindicales con la Administración. Se observa un cierto paralelismo con el ámbito laboral al establecer una cláusula genérica y abierta similar a la del artículo 85.1 TRET.

- Planes de Empleo, no incluidos expresamente en el 32 LOR y sí en la DA Ley 22/1993.

El artículo 32 LOR, al marcar el ámbito de la materia objeto de negociación, está relacionado con el artículo 28.1 CE, y su vulneración pudiera implicar tam-

bién la del derecho de libertad sindical, pues dicho precepto ha sido considerado incluido dentro del bloque de legalidad que define los contornos del derecho de negociación. Las limitaciones al derecho a la negociación de los funcionarios públicos presenta perfiles específicos relacionados con la presencia de la Administración como parte, concretamente los principios de legalidad, jerarquía normativa, inderogabilidad relativa de los reglamentos o la reserva de ley²²⁶. Así, la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en un principio reacia a conectar el derecho de negociación colectiva de los funcionarios con la libertad sindical, ha experimentado un cambio de tendencia al afirmar que «los problemas afectantes a la aplicabilidad del artículo 32 LOR, que marca el ámbito de la materia posible objeto de negociación por los órganos de representación de funcionarios y estatutarios, están lo suficientemente relacionados con el artículo 28.1 de la Constitución, para que puedan ser objeto de conocimiento por el cauce especial de protección de derechos fundamentales. Puesto que, en definitiva, el precepto cuestionado a los efectos ahora contemplados, ha de considerarse integrado en el bloque de legalidad que define los contornos de la libertad sindical de negociación, que forma parte del artículo 28.1 de la Constitución²²⁷”.

El artículo 33 LOR establece reglas para la negociación, como la apertura del procedimiento con carácter anual en la fecha que de común acuerdo fijen el Gobierno u órganos de gobierno de las restantes Administraciones públicas y los sindicatos más representativos a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, que ha de estar inspirado en el principio de buena fe, donde se determinarán, entre las materias relacionadas en el artículo 32 LOR, las que ambas partes estimen oportuno, lo que ha sido criticado por contradictorio²²⁸, por excluir de la determinación de la fecha de inicio del procedimiento negociador y de las materias a negociar a sujetos legitimados para formar parte de la Mesa general o de las Mesas sectoriales de negociación, concretamente a los sindicatos suficientemente representativos (art. 31.2 segundo LOR). Ello supone una limitación del derecho a negociar de estos sindicatos, y del derecho de libertad sindical. Además, nada se establece en cuanto a cómo se determinarán las materias a negociar, qué ocurre en caso de que no exista acuerdo en la fecha para comenzar la negociación, qué sucede si uno de los sindicatos más representativos decide no tomar

²²⁶ GOMEZ CABALLERO, P.: Los derechos colectivos de los funcionarios..., op. Cit., pp. 309-314.

²²⁷ STS (Contencioso-Administrativo) de 14 de julio de 1994 (RAJ 6017)

²²⁸ ESCUDERO RODRIGUEZ, R.: “El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos...”, op. Cit., p. 97.

parte en la determinación de la fecha y las materias a negociar. Como ha precisado el Tribunal Supremo, «es indiferente si el acuerdo alcanzado es un mero acto de trámite o preparatorio para las decisiones o normas administrativas que deban dictarse como consecuencia de lo negociado entre sindicatos y Administración, puesto que el objeto del litigio es el comportamiento tácito de ésta al no citar a CSIF para la negociación y determinar si esta actuación, aisladamente considerada, lesionó por sí sola su derecho fundamental a la libertad sindical; segundo, siendo jurídicamente correcto que uno o más sindicatos de los definidos en el art. 35 lleguen a acuerdos o pactos con representantes de la Administración, sin que esto atente a la libertad sindical de las restantes organizaciones, sin embargo, sí le afecta que se sustraiga a la Mesa general, y por tanto, a sus legítimos componentes el debate pleno de las materias que le son propias mediante un puntual y oficial negociación de las mismas en tiempo inmediatamente anterior a la reunión de aquélla con alguno o algunos de los sindicatos representados en la misma, aprobando oficialmente un acuerdo obtenido mediante una negociación en las que uno, al menos, de los sindicatos de la Mesa fue eludido²²⁹». Precisar que las normas de la LOR en esta materia son de derecho necesario absoluto.

El Tribunal Supremo ha precisado las diferencias entre la negociación colectiva laboral y la funcionarial, concretamente que «la estructura orgánica representativa integrada en las Mesas de negociación, a que se refiere el artículo 31.2.a) LOR, no es coincidente con la prevista en el artículo 88.1 LET para la constitución de la comisión negociadora; b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los artículos 32 y 35 LOR, es manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el artículo 85 LET; c) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el artículo 35 Ley 9/1987 -al requerir la validez y eficacia de los pactos y acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del Pleno de la Entidad respectiva-, no tiene correlación en la letra de los artículos 82 y 90.2 LET, aplicables inclusive cuando el empresario sea la Entidad pública; d) la misma diferencia de régimen jurídico se observa -en el supuesto de fracaso de la negociación-, entre lo establecido en el artículo 37.2 LOR y la regulación que deriva del Título II del RDLRT y la STC 11/1981, de 8 de abril; e) igualmente es notoria la diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativa a esta materia, reservadas al orden contencioso administrativo tratándose de funcionarios, en tanto es competencia del orden social cuando conciernen al personal laboral, sea pública o privada la unidad empleadora (art. 9.5

²²⁹ STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7) de 25 de mayo de 1993 (RAJ 5038)

y 25 LOPJ) [...] la trascendencia de las citadas contradicciones ponen de manifiesto la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarque conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral cuyo primer escollo, como hemos dicho, se manifiesta en la dualidad de instancias jurisdiccionales en concurrencia. [...] La enumeración de las materias incluidas y vedadas a la negociación colectiva funcionarial, contenidas respectivamente en los artículos 32 y 36.2 LOR, no sólo hacen sustancialmente más restrictiva su regulación que la resultante de los artículos 82 y 85 LET para los actores laborales, sino que tiene, también el referente insoslayable de que los acuerdos versarán sobre las materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las CCAA o Pleno de las Entidades Locales (art. 35 LOR); precepto que, a su vez, guarda relación con el artículo 36.2 de la misma Ley facultando al órgano de gobierno de la Administración pública correspondiente para establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo. El marco de contractualidad, por tanto, está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de autoorganización del órgano administrativo correspondiente y, por otra parte, las características de promenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las CCAA, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales -tesis defendida por el Ayuntamiento apelante y en cierta medida aceptada en la sentencia- tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de «mínimos» sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la mesa de negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal²³⁰».

2. Derecho de consulta.

La LOR prevé determinadas materias que no serán objeto de negociación y sí de consulta, siendo las mesas de negociación los receptores de la consulta; esto limita el ámbito material de negociación. Concretamente no serán negociables las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas. Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las con-

²³⁰ STS (Contencioso-Administrativo, secc. 7) de 22 de octubre de 1993 (RAJ 7544)

diciones de trabajo de los funcionarios públicos procederá la consulta a los mismos sujetos capacitados para negociar (art. 34.2 LOR).

La LOR obliga a la consulta cuando sus actos «**puedan tener repercusión...**», lo que parece implicar que se incluyen los actos que aún no hayan tenido un efecto sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, pues lo contrario vaciaría de contenido el derecho a la consulta, salvo que tales actos contrarios a la misma, al influir en las condiciones de empleo de los funcionarios, fueran nulos por omitir la misma. Se trata de una consulta obligatoria, pero no vinculante, dentro del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general; aunque la omisión de la consulta no genera la nulidad del acto. Será la Administración discrecionalmente la que decida si ejercer o no el derecho de consulta, es decir, decidirá si las decisiones que afecten a sus potestades de organización pueden o no tener repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios, lo que ha sido considerado como una presunción iuris tantum a favor de la consulta obligatoria²³¹. Esta discrecionalidad se observa también en las relaciones de trabajo en el ámbito privado, donde el empresario ostenta el poder de dirección y organización de la empresa. Sin embargo, tal potestad empresarial no es ilimitada, por cuanto existen derechos de consulta de los representantes de los trabajadores cuya omisión genera la nulidad del acto unilateral del empresario, como ocurre con la no apertura del período de consultas en expedientes de regulación de empleo o en supuestos de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Podemos, por tanto, establecer ciertas similitudes con el derecho de consulta de los representantes de los trabajadores, aunque tal estudio comparativo no demuestra una equiparación absoluta, al menos en esta materia, a pesar de que en ambos casos se alega la potestad organizativa empresarial.

G) Derecho de reunión.

El artículo 21 de la Constitución reconoce con carácter general el derecho de reunión. En el ámbito específico de las relaciones laborales privadas se reconoce en el artículo 4.1.f) TRET y se regula en el capítulo II del Título II de esta ley; en las relaciones de empleo público, este derecho encuentra su regulación específica en el capítulo V LOR, forma parte del Estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) y su ejercicio presenta especialidades, en la medida en que pueda afectar al funcionamiento de la actividad de que se trate (STC 81/1983).

²³¹ REY GUANTER, S.: Comentarios..., op. Cit., p. 222.

El derecho de reunión puede ser ejercido libremente por aquellos funcionarios a quienes no les está expresamente prohibido, bien por su reconocimiento explícito (art. 1 LOR), porque su normativa específica no prevea este particular, por lo que le sería aplicable la normativa general sobre este derecho por juego de la cláusula de supletoriedad general del artículo 2.2 LOR, para todo el personal no laboral al servicio del Estado y de la Administración Pública no incluido en su ámbito de aplicación en todo aquello que no sea incompatible con su legislación específica (vgr. Personal al servicio de los órganos constitucionales); por establecer las normativas específicas de otros empleados públicos normas de reenvío (vgr. Personal al servicio de la Administración de Justicia), reiterando algunas su inclusión en la LOR pese a estar incluidos expresamente en el ámbito de ésta por su artículo 1; o bien, por estar expresamente reconocido en otras normas legales al margen de la LOR, al haber sido remitido por ésta a su regulación específica (art. 2.1.c), pese a lo que existen numerosas similitudes en el derecho de reunión de estos funcionarios, concretamente ocurre respecto al Cuerpo Nacional de Policía en relación a la regulación general, al prever la posibilidad de reuniones fuera del horario de servicio, previa comunicación del orden del día y autorización del Jefe de la dependencia.

Al igual que en las relaciones de trabajo privadas, el derecho de reunión de los funcionarios públicos se instrumenta a través de la asamblea, si bien la LOR, en sus artículos 41 a 43, elude la utilización de este término. La reunión deberá celebrarse cumpliendo los requisitos del Capítulo V LOR. Concretamente, son comunicación por escrito de celebración con antelación de dos días hábiles, preaviso que ha sido considerado inconstitucional (STC 43/1996) por impedir el desarrollo o concreción por norma autonómica; con expresión de la hora y lugar de celebración, orden del día y los datos de los firmantes que acrediten estar legitimados para convocar la reunión [art. 43.1 a) y b) LOR]. Si antes de las veinticuatro horas anteriores a la fecha de la celebración de la reunión, la Autoridad administrativa competente no formulase objeciones a la misma, podrá celebrarse sin otro requisito posterior (art. 43.2 LOR). A diferencia de lo que ocurre en las Asambleas de trabajadores, donde la falta de preaviso no invalida la Asamblea, sino que exime al empresario de la obligación de facilitar el centro de trabajo para celebrar la misma, en la Función pública, no parece ofrecer duda el carácter imperativo de las formalidades aludidas. Primeramente, por el calificativo que reciben en el artículo 43.1 LOR como «requisitos de convocatoria» cuya ausencia provocaría su nulidad -inexistencia-. En segundo lugar, porque el párrafo 2 del mismo artículo recoge «contrario sensu» la posibilidad de que la Autoridad administrativa formulase «objeciones» a la Asamblea.

Estarán legitimados para convocar la Asamblea las organizaciones sindicales (sin que exija el precepto requisito alguno de audiencia electoral para ejercitar este derecho), órganos de representación unitaria y cualesquiera funcionarios de las Administraciones respectivas, siempre que su número no sea inferior al 40% del colectivo convocado, lo que supone un aumento del porcentaje respecto al requerido para la convocatoria de Asamblea en el ámbito laboral. Ello, permitirá la convocatoria de asambleas parciales con más facilidad que para los trabajadores, dificultando el cómputo de las horas de reunión, con el probable resultado de un relajamiento en el control de ellas por las autoridades del centro²³².

A diferencia de la regulación en el ámbito privado (art. 77 TRET), que dispone que las asambleas de trabajadores serán presididas por el comité de empresa o los delegados de personal mancomunadamente, el artículo 43.3 LOR tan sólo determina que los convocantes de la reunión serán responsables del normal desarrollo de la misma.

Las reuniones se autorizarán fuera de las horas de trabajo, salvo acuerdo entre el órgano competente en materia personal y los convocantes según las reglas del artículo 41 LOR. En este caso, la ley limita a treinta y seis el número de horas anuales para la celebración de asambleas que podrán pactarse, repartiéndolas a partes iguales entre secciones sindicales y órganos de representación unitaria, sin hacer mención de las reuniones convocadas por los funcionarios (art. 42.1 LOR), ello conlleva a que cualquier minúsculo sindicato puede agotar el escaso número de horas de reunión habilitadas por la LOR, obligado a una ulterior autorregulación de los sindicatos presentes en cada centro público, en el sentido probable de una convocatoria conjunta, al menos mayoritaria, de las asambleas²³³. La ley exige dos requisitos adicionales para las reuniones, el primero referido a las asambleas en horas de trabajo, consistente en que la convocatoria deberá referirse a la totalidad del colectivo que se trate, salvo en las reuniones de las secciones sindicales (art. 42.2 LOR), y referido el segundo a que, en cualquier caso, la celebración de la reunión no perjudicará la prestación de servicios (art. 42.3 LOR). Nada se dice en la LOR de la posible participación de personas ajenas al centro, a diferencia del artículo 77 TRET, el cual obliga a identificarlos frente al empresario aunque sin requerir su autorización para entrar; no obstante, la relación de jerarquía existente entre las Administraciones Públicas no permite una relación similar a la de las empresas privadas, por lo que la entrada de personas

²³² OJEDA AVILES, A.: Derecho Sindical..., op. Cit., p. 326

²³³ OJEDA AVILES, A.: Derecho sindical..., op. Cit., p. 326.

extrañas al ente sólo puede realizarse previa autorización del órgano directivo, que habrá de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9.1.c) LOLS²³⁴.

Se echa en falta en la LOR algún precepto similar al artículo 80 TRET que regule el procedimiento de adopción de acuerdos que afecten al conjunto, o en su caso a una parte de los funcionarios, y las materias sobre las que estos acuerdos podrán versar. No obstante, y al igual que ocurre con las relaciones de trabajo privadas, la LOR regula dos situaciones conectadas con el derecho de reunión: la promoción de elecciones a representantes unitarios por los funcionarios (art. 13.1.e) y la revocación total o parcial de éstos por los funcionarios de la unidad electoral (art. 20.2), exigiendo para estos casos una serie de requisitos formales y de contenido, que afectan a la convocatoria de la reunión, desarrollo de la misma, adopción de acuerdos y comunicación a la Administración para la que prestan servicios y a la Autoridad Laboral. En las asambleas revocatorias el legislador se aparta de la regla general de convocatoria de asambleas, estableciendo una regla de legitimación *ad hoc*, que reduce el número de funcionarios convocantes de la reunión a un tercio de los electores (art. 20.2 LOR). En las asambleas que tengan por objeto la promoción de elecciones a representantes unitarios de los funcionarios, la ley exige la adopción por mayoría cualificada de un acuerdo expreso al respecto, que deberá tomarse previa votación, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto.

²³⁴ Como ha defendido OJEDA AVILÉS, A.: Derecho Sindical..., op. Cit., p. 326.