



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La negociación colectiva en el sistema de función pública local

Juan José Mauri Majós

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Administrativo

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN
EL SISTEMA DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL**

JUAN JOSÉ MAURI MAJÓS
BARCELONA, 2018



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Derecho Administrativo

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN
EL SISTEMA DE FUNCIÓN PÚBLICA LOCAL**

Director y tutor: Dr. Joaquín Tornos Mas

JUAN JOSÉ MAURI MAJÓS

BARCELONA, 2018

RESUMEN

El trabajo que presentamos pretende ser un estudio del objeto de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios en el ámbito local. Dicho estudio presupone la identificación del derecho de negociación y el establecimiento expreso de la naturaleza jurídica última que puedan tener sus productos. A partir de ahí hay que situar el ejercicio de dicho derecho en los parámetros dados por el artículo 37 EBEP 2015, lo que exige analizar una serie de criterios generales de determinación de las materias objeto de negociación y atender a un sistema de lista donde se señalan concretamente las materias que han de ser objeto de negociación y las materias que han de quedar excluidas de ella. Los criterios generales de determinación de las materias que se han de negociar son los de alcance legal, competencia y ámbito. Precisarlos exige considerar el lugar de la ley en el sistema de función pública y establecer adecuadamente las relaciones entre la ley y el acuerdo colectivo en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. También supone analizar lo que pueda ser la competencia local en materia de función pública y el papel que pueda tener la potestad normativa de nuestras corporaciones locales en la fijación de dichas condiciones de trabajo. Finalmente, la determinación del objeto de la negociación exige también examinar detalladamente cuál debe ser el ámbito apropiado de negociación para la regulación de la materia que proceda en cada caso. Aunque no se ha eludido el análisis del sistema concreto de disposición de la lista de materias que han de ser objeto de negociación, lo cierto es que la delimitación del objeto de la negociación se ha pretendido obtener aquí desde una perspectiva inversa, es decir, señalando lo que ha de ser excluido de la obligatoriedad de la negociación. Ello ha exigido estudiar la potestad de organización y la potestad de dirección y control en materia de personal funcionario como contrapoderes que han de delimitar el espacio de la negociación en el sector público y, más concretamente, en el ámbito territorial local.

RESUM

El treball que presentem és un estudi sobre l'objecte de la negociació col·lectiva de les condicions de treball dels funcionaris en l'àmbit local. L'esmentat estudi pressuposa la identificació del dret de negociació i l'establiment exprés de la naturalesa jurídica última que poden tenir els seus productes. A partir d'aquí s'ha de situar l'exercici de l'esmentat dret en els paràmetres establerts en l'article 37 EBEP 2015, la qual cosa exigeix analitzar un seguit de criteris generals de determinació de les matèries que han d'ésser objecte de negociació i atendre a un sistema de llista a través del qual s'assenyalen concretament les matèries que han d'ésser objecte de negociació i les matèries que han de quedar excloses de la negociació. Els criteris generals de determinació de les matèries que s'han de negociar són els d'abast legal, competència i àmbit. Precisar-los exigeix considerar l'espai de la llei en el sistema de funció pública i establir adequadament les relacions entre la llei i l'acord col·lectiu en la determinació de les condicions de treball dels funcionaris. També suposa analitzar el que pugui ser la competència local en matèria de funció pública i el paper que pugui tenir la potestat normativa de les nostres corporacions locals en la fixació de les dites condicions de treball. Finalment, la determinació de l'objecte de la negociació exigeix també examinar detalladament quin ha d'ésser l'àmbit apropiat de negociació per a la regulació de la matèria que procedeixi en cada cas. Encara que no s'ha volgut eludir l'anàlisi del sistema concret de disposició de la llista de matèries que han d'ésser objecte de negociació, el cert és que la delimitació de l'objecte de la negociació s'ha pretès obtenir aquí des d'una perspectiva inversa, és a dir, assenyalant el que s'ha d'excloure de l'obligatorietat de la negociació. Això ha exigut estudiar la potestat d'organització i la potestat de direcció i control en matèria de personal funcionari com a contrapoders que han de delimitar l'espai de la negociació en el sector públic i, més concretament, en l'àmbit territorial local.

ABSTRACT

This research we present aims to be a study of the subject of collective bargaining of working conditions of municipal civil servants. This study requires the identification of a right to bargain and the express establishment of an ultimate legal nature of their products. From this understanding, we must place the exercise of this right within the parameters given by Article 37 EBEP 2015. This Article requires an analysis of a set of general criteria, which establish the matters that may be subject to collective bargaining. It is also necessary to refer to a list system, which specifically identifies those matters that are to be negotiated and those matters that must be excluded from it. General criteria for determining those matters to be negotiated are those of legal nature, competence and scope. Specifying them requires considering the role of the law in the public function system and adequately establishing the interplay between the law and the collective agreement in determining the working conditions of civil servants. It also involves analysing what may be local competition in terms of civil service and the role that regulatory power of our local corporations may have in setting such working conditions. Finally, determining of the subject of bargaining also requires carrying out a detailed analysis to ascertain the appropriate scope of negotiation for the regulation of the relevant matter in each case. Although an analysis of the specific arrangement of the list of matters to be negotiated has not been avoided, the truth is that the delimitation of the subject of negotiation has been sought here from an inverse perspective, that is, pointing at what shall be excluded from the obligation of negotiation. This has required studying the power of organization and the power of direction and control in terms of civil servant personnel as counterweight that shall define the negotiating space in the public sector and, more specifically, at a municipal level.

SUMARIO

| | |
|---|-----------|
| LISTA DE ABREVIATURAS | 13 |
| INTRODUCCIÓN..... | 17 |
| PARTE PRIMERA. ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, LIBERTAD SINDICAL Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA..... | 25 |
| 1. La teoría estatutaria de los funcionarios y su evolución | 27 |
| 2. Constitución y estatuto de los funcionarios..... | 32 |
| 3. Constitución y derecho de negociación colectiva en la función pública..... | 35 |
| 4. Constitución y ejercicio de la libertad sindical en la función pública..... | 39 |
| 5. Libertad sindical, negociación colectiva y estatuto de los funcionarios | 56 |
| 6. El derecho a la negociación colectiva en la función pública..... | 58 |
| 7. A modo de recapitulación | 62 |
| | |
| PARTE SEGUNDA. LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN: LEY, COMPETENCIA Y ÁMBITO..... | 67 |
| 1. Planteamiento | 69 |
| 2. El alcance legal de la negociación colectiva de los funcionarios..... | 70 |
| 3. La reserva de ley en materia de función pública..... | 72 |
| 3.1. Reserva de ley y remisión normativa | 72 |
| 3.2. El ámbito de la reserva de ley en la función pública: una perspectiva constitucional .75 | |
| 3.2.1. Reserva de ley y acceso a las funciones públicas | 80 |
| 3.2.2. Reserva de ley y peculiaridades en el ejercicio del derecho de sindicación..... | 91 |
| 3.2.3. Reserva de ley y sistema de incompatibilidades..... | 98 |
| 3.2.4. Reserva de ley y garantías para la imparcialidad..... | 100 |
| 3.2.5. Sobre el contenido de la reserva de ley en materia de función pública | 103 |
| 3.3. La reserva de ley en materia de función pública: una perspectiva jurisprudencial ... | 108 |
| 3.4. Ley estatal y autonómica en la configuración de la reserva sobre función pública local | 114 |
| 3.5. Función de la ley estatal y autonómica en la determinación del estatuto de la función pública local después de las últimas reformas | 131 |
| 4. Ley y acuerdo colectivo | 150 |
| 4.1. Introducción..... | 150 |
| 4.2. Primacía de la ley sobre el acuerdo colectivo..... | 154 |

| | |
|---|-----|
| 4.3. Las relaciones entre la ley y el acuerdo colectivo | 159 |
| 4.4. La relación de exclusión entre la ley y el acuerdo colectivo. ¿Una relación funcionalizada?..... | 161 |
| 4.5. La relación de complementariedad entre la ley y el acuerdo colectivo. ¿Puede aplicarse el principio de norma mínima al estatuto de los funcionarios? | 166 |
| 4.6. La relación de complementariedad entre la ley y el acuerdo colectivo. ¿Un viejo conocido? | 172 |
| 4.7. La relación de supletoriedad entre la ley y el acuerdo colectivo. Una fórmula extraña en el derecho de la función pública | 176 |
| 5. El criterio de competencia..... | 178 |
| 5.1. La competencia local en materia de función pública | 178 |
| 5.2. La potestad normativa local sobre la función pública | 185 |
| 6. El ámbito de la negociación | 192 |
| 6.1. Unidad, nivel y ámbito apropiado de negociación | 192 |
| 6.2. Mesas sobre materias comunes y mesas sobre condiciones de los funcionarios..... | 202 |
| 6.3. Mesas generales y mesas sectoriales de negociación | 218 |
| 6.4. Mesas supramunicipales y mesas municipales de negociación..... | 225 |
| 6.5. El ámbito de aplicación del acuerdo colectivo | 235 |

PARTE TERCERA. LAS MATERIAS OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN:

CONDICIONES DE TRABAJO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL

FUNCIONARIO..... 249

| | |
|--|-----|
| 1. La determinación del objeto de negociación..... | 251 |
| 1.1. Sistema de lista versus cláusula general | 252 |
| 1.2. Materias y funciones en el artículo 37.1 EBEP | 255 |
| 1.3. Las condiciones de trabajo como objeto de negociación colectiva | 268 |
| 1.4. Actos políticos y actos internos como objeto de negociación | 271 |

PARTE CUARTA. LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN..... 285

| | |
|--|-----|
| 1. Introducción | 287 |
| 2. Potestades de organización y poderes de dirección y control | 288 |
| 3. Las potestades directamente organizativas | 292 |
| 3.1. Poder de organización, estructuras públicas y negociación | 304 |
| 3.2. Poder de organización, modos y formas de gestión y negociación | 330 |
| 3.2.1. Establecimiento, regulación, supresión de servicios y negociación | 330 |
| 3.2.2. Potestad de organización y cambios en las formas de gestión..... | 338 |
| 3.2.3. Externalización de servicios y negociación | 358 |
| 3.2.4. Internalización de servicios y negociación | 366 |
| 3.2.5. Transformación de entes y negociación | 408 |
| 3.2.6. Relaciones interadministrativas y negociación | 417 |
| 4. Potestad de organización y organización de la función pública..... | 444 |
| 4.1. La planificación como sistema de ordenación del personal | 448 |
| 4.2. Las políticas de empleo y las ofertas públicas de empleo | 455 |
| 4.3. La estructuración de los recursos humanos | 470 |
| 4.4. Las estructuras subjetivas del personal..... | 472 |
| 4.5. Las estructuras objetivas del personal | 481 |
| 5. Potestades de organización e instrumentos de gestión del personal | 490 |
| 5.1. Los instrumentos de planificación de recursos humanos y su negociación | 491 |
| 5.2. La oferta de empleo público y su negociación | 500 |
| 5.2.1. Aspectos cuantitativos y cualitativos de la oferta de empleo público | 500 |
| 5.2.2. Los títulos de la negociación | 502 |
| 5.2.3. El contenido de la negociación | 504 |
| 5.3. Las plantillas de personal y su negociación..... | 505 |
| 5.3.1. La necesidad de distinguir entre plantillas y plantillas orgánicas..... | 505 |
| 5.3.2. Los títulos de la negociación | 507 |
| 5.4. Las relaciones de puestos de trabajo y su negociación..... | 513 |
| 5.4.1. Planes, relaciones, plantillas y ofertas | 513 |
| 5.4.2. Los títulos de la negociación | 518 |
| 5.4.3. El dualismo de la relación: instrumento organizativo y marco configurador de derechos..... | 531 |
| 5.4.4. Sistema de fuentes y contenido de la relación de puestos | 534 |

| | |
|---|------------|
| 5.4.5 El contenido de la relación de puestos y su negociación..... | 542 |
| 5.4.6. Determinación de puestos, ejercicio de funciones públicas y negociación | 547 |
| 5.4.7 Requisitos de desempeño, definición de funciones y negociación | 551 |
| 5.5. Decisiones organizativas, repercusión sobre las condiciones de trabajo y negociación..... | 554 |
| 6. La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas | 557 |
| 7. La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo | 563 |
| 8. Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica | 568 |
| 8.1. Jerarquía administrativa y poderes de dirección y control sobre el personal | 568 |
| 8.2. Poder de organización, poder de dirección y poder de control | 570 |
| 8.3. Contenido e instrumentos del poder de dirección y control | 572 |
| 8.4. El tratamiento legal del poder de dirección y control. Irrenunciabilidad y límites convencionales | 579 |
| 8.5. El poder de dirección y control en el sistema de función pública | 583 |
| 8.6. El poder de dirección como poder de especificación | 591 |
| 8.7. El poder de dirección y la estructuración del empleo público..... | 597 |
| 8.8. Poder de dirección y movilidad | 604 |
| 8.9. Poder de dirección y modificación de las condiciones esenciales de trabajo..... | 620 |
| 8.10. Poder de dirección y códigos de conducta..... | 624 |
| 9. El poder de control y sus manifestaciones | 629 |
| 10. La exclusión de la negociación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional | 643 |
| 10.1. La exclusión de la negociación de los sistemas, criterios y procedimientos de selección | 644 |
| 10.2. Negociación y participación de los representantes en los órganos de selección | 651 |
| CONCLUSIONES..... | 657 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 717 |

LISTA DE ABREVIATURAS

| | |
|-----------|--|
| AAN | Auto de la Audiencia Nacional |
| ACARL | Asociación de Cajas de Ahorros para Relaciones Laborales |
| ATC | Auto del Tribunal Constitucional |
| BOCA | Boletín Oficial de las Cortes de Aragón |
| BOE | Boletín oficial del Estado |
| CARL | Consejo Andaluz de Relaciones Laborales |
| CDFUE | Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2010/C 83/02) |
| CE | Constitución Española, 31 de octubre de 1978 |
| CEC | Centro de Estudios Constitucionales |
| CEDECS | Centro de Estudios de Derecho, Economía y Ciencias Sociales |
| CEF | Centro de Estudios Financieros |
| CEMCI | Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional |
| CES | Consejo Económico y Social |
| CSE | Carta Social Europea, 18 de octubre de 1961 |
| CSIC | Consejo Superior de Investigaciones Científicas |
| EAPC | Escola d'Administració Pública de Catalunya |
| EBEP | Estatuto Básico del Empleado Público |
| EBEP 2007 | Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público |
| EBEP 2015 | Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público |
| EGAP | Escola Galega de Administración Pública |
| ET | Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores |
| IAAP | Instituto Andaluz de Administración Pública |
| IEA | Institut d'Estudis Autònoms |
| INAP | Instituto Nacional de Administración Pública |
| LRBRL | Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local |
| LCSP 2011 | Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público |
| LCSP | Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se |

| | |
|---------|---|
| | transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 De Febrero de 2014 |
| LEPC-LM | Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público de Castilla-La Mancha |
| LFCE | Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado |
| LFPC | Decreto Legislativo 3/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de finanzas públicas de Cataluña |
| LFPE | Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura |
| LEPG | Ley 2/2015, de 29 de abril, de Empleo Público de Galicia |
| LPFV | Ley 10/2020, de 9 de julio, de Ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana |
| LJCA | Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa |
| LMFRJFP | Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Reforma del Régimen Jurídico de la Función Pública y de la Protección por Desempleo |
| LMRFP | Ley 30/1984, de 2 de agosto, sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública |
| LOFAGE | Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado |
| LOPDP | Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal |
| LORAP | Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas |
| LPA | Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico |
| LPAC | Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas |
| LRSAL | Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local |
| LRJSP | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público |
| MAP | Ministerio para las Administraciones Públicas |
| MTSS | Ministerio de Trabajo y Seguridad Social |
| OIT | Organización Internacional del Trabajo |
| REALA | Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica |

| | |
|---------|---|
| RIPPAGE | Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado |
| RJSP | Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público |
| ROM | Reglamento Orgánico Municipal |
| RPSEL | Decreto 214/1990, de 30 de julio, por el cual se aprueba el Reglamento de personal al servicio de las entidades locales de Cataluña |
| SAN | Sentencia de la Audiencia Nacional |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STEDH | Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos |
| STJ | Sentencia del Tribunal de Justicia |
| STJUE | Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| STSJ | Sentencia del Tribunal Superior de Justicia |
| TREEPC | Decreto Legislativo 2/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley 4/1985, de 29 marzo, del Estatuto de la Empresa Pública Catalana |
| TRRL | Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local |

INTRODUCCIÓN

En un primer momento el objeto de esta tesis fue la negociación colectiva en el sistema de la función pública local con carácter general. Ello exigía estudiar los sujetos de la negociación, el procedimiento negocial, su ámbito material y sus efectos jurídicos. Más adelante, dicha finalidad fue evolucionando hacia el trabajo actual que se presenta ahora como una operación de delimitación de lo que debería ser el territorio de la negociación en el ámbito de la función pública local. En la práctica la asunción de este estudio implica un análisis detallado del artículo 37 EBEP 2015 y de su posible aplicación a un ámbito específico como puede ser el constituido por la mesa de negociación de una entidad local.

El tratamiento de ese objeto principal, exige desagregar nuestro trabajo en una serie de ámbitos determinados. En principio, necesitamos delimitar el derecho de negociación de los funcionarios y establecer la naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos, ya que solo así podemos precisar cuál es la función y el papel o, si se quiere, los efectos de la negociación sobre la determinación del régimen jurídico del personal funcionario en las Administraciones locales. A continuación conviene concretar las nociones de reserva de ley, competencia y ámbito que a tenor del redactado estricto de la norma estatutaria actúan como determinantes de las materias que han de ser objeto de negociación en la función pública y, por tanto, también en la local. Dicho así, a primera vista parece simple, pero ello presupone un estudio de la reserva de ley en materia de función pública que nos permita identificar el límite objetivo de la negociación que pueda proceder en cada caso, exige también precisar la función de la ley en la ordenación del régimen jurídico de la función pública y, por último, precisa identificar el tipo de relaciones que pueden darse entre la ley y el acuerdo colectivo para el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios. De la misma manera, el concepto de competencia plantea un reto no menor. Lo que pueda ser la competencia local en materia de función pública es como mínimo una noción imprecisa, y determinar el posible papel del reglamento local en la regulación de las condiciones de trabajo del personal funcionario no es tarea fácil en un sistema normativo en el que se entrecruzan normas generales y sectoriales del Estado y de las comunidades autónomas en materia de función pública y en materia de régimen local. Por último, el propio concepto de ámbito de la negociación como espacio autorizado de la misma presupone un estudio de las unidades y los niveles de negociación en el sector local que en la práctica debe contestar a la

cuestión del cuál es la unidad y el nivel apropiado de la negociación en el seno de las estructuras territoriales que se articulan en torno a los gobiernos locales.

Con todo ello podremos establecer un marco general de lo que pudiera ser el contenido de la negociación en la función pública local. Pero el análisis concreto de cada una de las materias que se han de negociar obligatoriamente y de las que quedan excluidas de la negociación no puede terminar aquí. La concreción de las condiciones de trabajo que se han de negociar se produce en una lista que se contrapone a otra que contiene una serie de contenidos que han de quedar excluidos de la obligación de negociar. En un primer momento, nuestro propósito era estudiar los conceptos que sirven de referencia para articular la primera de las listas mencionadas en base a los conceptos de materia y función, y al entendimiento mismo de lo que pudieran ser las condiciones de trabajo. Una vez determinadas las formas de configuración de dichos preceptos nuestra intención era la de estudiar cada uno de los posibles contenidos enunciados en dicha lista para examinar el espacio concreto que podía ser objeto de negociación en base a los diferentes tipos de relación que pudieran darse entre la ley y el acuerdo colectivo. Queremos decir que después de algún tiempo dicha tarea se reveló como imposible para los espacios y los límites propios de un trabajo de tesis doctoral. Examinar la mayoría de los preceptos que contienen las normas estatutarias de empleo público y de régimen local con la finalidad de distinguir los diferentes objetos y relaciones normativas que permiten o configuran los mismos a efectos de su posible negociación era tanto como proceder al estudio del entero régimen jurídico de la función pública local, lo que suponía un estudio harto prolijo, muy delicado, y que solo podía permitir un sucinto análisis de cada uno de los aspectos que se pudieran plantear. Lo cierto es que hoy pensamos que abordar el objeto de la negociación, materia a materia, de una forma directa, exige una serie de estudios monográficos que aborden la configuración, el contenido y el alcance de cada uno de los objetos negociales.

Por ello, en nuestro trabajo nos hemos detenido única y exclusivamente en un análisis general de la configuración de los mandatos que determinan las diferentes materias que se han de negociar, procurando evitar una visión que se presume fácil y que parece haberse aceptado en los estudios que conocemos: dada la cantidad de las materias que es posible negociar es fácil concluir que todo se puede negociar. Un presupuesto sencillo que hemos querido eludir exponiendo los criterios de determinación de las materias que han de ser objeto de negociación.

A partir de ahí hemos optado por otra solución. La delimitación del objeto de la negociación puede conseguirse también precisando lo que no ha de ser objeto de negociación. Por lo tanto,

una parte muy importante de nuestro trabajo consiste en precisar lo que no se ha de negociar, es decir, lo que ha de quedar excluido de la obligación de negociación.

En ese análisis, lo cierto es que parece necesario prestar una especial atención a la configuración de los poderes de organización y dirección de la Administración como materias que no han de ser objeto de trato convencional con las organizaciones sindicales. Pero el análisis del poder de organización no ha merecido en nuestra doctrina una especial atención, sobre todo si lo consideramos además desde una perspectiva activa que supere la estricta consideración de las bases y los criterios de la organización. La potestad de organización como un poder de determinación sobre los medios personales de la Administración es aún una construcción dogmática por hacer en el sistema del empleo público. El derecho de nuestra función pública es ciertamente un derecho de los empleados públicos pero, hoy por hoy, no es un derecho de los empleadores públicos y de sus múltiples formas de organización, relación, dirección y gestión. De la misma manera, las tesis existentes hasta el momento han confundido el poder de dirección con el poder jerárquico. Sin duda, la jerarquía administrativa fundamenta y habilita un poder interno. Pero no hay que confundir la jerarquía entre órganos y la jerarquía entre personas. El poder de dirección es un poder interior orientado directamente al funcionamiento de la Administración y no a la reconducción de la decisión administrativa a la unidad propia que proporciona un centro orgánico de imputación incrustado en una persona jurídica.

El fundamento y la motivación última para elaborar este trabajo hay que encontrarlos en la experiencia adquirida en el desempeño de funciones directivas con competencias sobre los recursos humanos de una gran corporación local en el momento en que echaba andar la negociación colectiva de las condiciones de trabajo los funcionarios. La falta de una idea y de un esquema propio nos hizo adoptar en aquel momento de una forma acrítica las matrices propias del sistema de relaciones laborales del sector privado, sin una comprensión clara de lo que pudiera ser el sistema de poderes y contrapoderes que enmarca el modelo propio de la empresa, con el resultado último de provocar un efecto de compartición de la gestión del personal con la organización sindical. Entender, asumir y procurar corregir dicho efecto ha sido desde entonces para quien esto escribe una preocupación esencial. En aquel momento pensamos que la ubicación de un derecho que pretende la introducción del sindicato en la capacidad de normar desde la realidad social las condiciones de trabajo de un colectivo de funcionarios exigía en esencia una reconsideración del sistema de fuentes del propio empleo público. Es más, constatamos que la inexistencia de un espacio propio para regular las condiciones de trabajo de los funcionarios construido, promovido y habilitado por la ley y desde la ley, que, por cierto,

debería ser otro tipo de ley, forzaba a la negociación, como proceso de creación de derecho que necesita un espacio vital de proyección, a inmiscuirse en el terreno de la decisión sobre la gestión del personal, lo que a su vez inducía un desplazamiento del poder de organización que detenta la Administración, o mejor, que debería detentar la Administración, hacía áreas residuales o marginales. En cierta manera esta tesis es la confirmación de dicha intuición e intenta mostrar el camino que hay que empezar a recorrer para la obertura de un proceso de reconsideración del equilibrio de poderes en el sistema del estatuto de los funcionarios, un camino que solo es un inicio y que se ofrece como una senda que transitar y ampliar por otros investigadores.

Aclarado el objeto de la tesis y su motivación conviene ahora referirse a la estructura argumental de la misma. Nuestro trabajo se construye sobre cuatro grandes partes bien diferenciadas. La primera lleva por título *estatuto de los funcionarios públicos, libertad sindical y negociación colectiva*, en dicha sección hemos necesitado abordar las cuestiones siguientes: la compatibilidad del Estatuto de los funcionarios con su derecho a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de un procedimiento de negociación, derecho cuyo contenido y fundamento último ha de encontrarse en la libertad sindical; la necesidad de una intervención previa del legislador que asegure dicha compatibilidad a través de la configuración de los órganos, el objeto, el procedimiento y los efectos de la negociación; la determinación por ley del objeto de la negociación, ley que actúa a su vez como límite y habilitación; la consideración de los acuerdos colectivos como normas del Estatuto con capacidad suficiente para desarrollarlo, complementarlo y adaptarlo a una determinada realidad y estructura pública; y, finalmente, la obligada subordinación de los acuerdos colectivos obtenidos a través de procedimientos de negociación a la ley y a la superior presión de los intereses públicos.

La segunda de las partes que lleva por título *los criterios de determinación del objeto de la negociación: ley, competencia y ámbito*, parte del dato de que el objeto de la negociación se delimita en el artículo 37 EBEP 2015 en base a una serie de criterios generales y a un sistema de lista de materias concretas que han de ser objeto de la negociación o que han de quedar excluidas de ella. En esta parte se estudian dichos criterios generales que son los de alcance legal, competencia y ámbito. El análisis del primero de dichos criterios exige analizar la reserva de ley en materia de función pública y la relación de la ley con el acuerdo colectivo; el tratamiento del segundo necesita precisar lo que pueda ser la competencia local en materia de función pública y establecer la capacidad normativa que detentan nuestras entidades locales

para poder determinar las condiciones de trabajo de sus funcionarios; el último de los criterios mencionados demanda establecer cuáles pueden ser las unidades apropiadas para la consideración de una materia que deba ser objeto de trato convencional y nos obliga a considerar la estructura de la negociación colectiva en el ámbito territorial local.

La tercera de las partes que hemos diferenciado proyecta el estudio de la negociación sobre la determinación de *las materias que han de ser objeto de negociación*, pero más concretamente lo que se ha pretendido analizar es la estructura de los diferentes preceptos que señalan las materias que han de ser objeto de negociación preceptiva, advirtiendo también que, en cualquier caso, lo que se negocia son las condiciones de trabajo de los funcionarios y, más concretamente, sus condiciones colectivas que se refieren a todos los funcionarios incorporados a un ámbito o unidad de negociación definido de una manera objetiva. Aquí se ha subrayado que el sistema de lista utilizado para la determinación de las materias que han de ser objeto de una particular negociación se contrapone al sistema de cláusula general propio del Estatuto de los Trabajadores. Es, pues, un sistema peculiar de determinación del objeto de la negociación fundamentado en la distinción entre materia y función propio de los sistemas de reparto de competencias que se refiere a las condiciones de trabajo y no al entero régimen de una función pública, y que, en línea de principio, descarta una serie de materias que no pueden ubicarse entre los contenidos o las funciones que han de ser objeto de la negociación.

La cuarta y última de las partes, la presentamos con el título de *las materias excluidas de la negociación* y pretende ser una análisis de lo que no se ha de negociar, intentando abordar el espacio del acuerdo colectivo desde la lógica estricta de las materias que no se han de tratar. Pero lo cierto es que dicho apartado, posiblemente el más largo de nuestro trabajo, se acaba convirtiendo en un primer estudio de lo que puedan ser las potestades de organización y dirección en materia de personal que constituyen el núcleo principal de poderes que deben quedar excluidos de la negociación por su especial vinculación con la posición y acción de nuestras Administraciones públicas.

Una vez descrita la trama argumental de la tesis conviene ahora que nos refiramos a su metodología. Desde una perspectiva jurídico-formal es evidente que nos hemos visto obligados a pasar revista a los diferentes textos normativos, estatales y autonómicos, referidos al ámbito general del empleo público y al ámbito sectorial del régimen local, introduciéndonos cuando ha convenido hasta el estudio de las normas internas propias de nuestra Administración local lo que nos ha permitido soportar alguna de las hipótesis que planteamos. Las referencias a

determinados ejemplos ha sido a veces la única manera de poder ir un poco más allá y aquilatar nociones que hasta la fecha solo figuraban en el capítulo de las intuiciones. También se podrá constatar que se ha hecho un uso muy intensivo de la jurisprudencia que a menudo identifica y ejemplifica experiencias de contraste que ayudan a mejorar las conceptualizaciones previas de las cuales partimos. Las citas de sentencias son una constante a lo largo del texto elaborado, ya que solo ellas nos permiten avanzar en territorios que han sido poco explorados por nuestra literatura científica. Aquí la doctrina judicial no ha sido solo un punto de apoyo y una guía para la interpretación sino más bien un recurso imprescindible para el enunciado de problemas y circunstancias poco conocidas.

En todo caso, lo cierto es que todo estudio jurídico es siempre un estudio de reconocimiento e identificación de la regla que puede resultar aplicable a un caso concreto, y, por tanto, es un ejercicio de técnica exegética sobre un grupo normativo que regula una serie de instituciones concretas. El problema puede ser identificarlas y percibir las como tales en determinados contextos. En el ámbito del empleo público ello exige muy a menudo recurrir a ese excelente depósito de formas jurídicas que representa el Derecho de Trabajo sin renunciar a la lógica y a los principios del Derecho Administrativo. A la vez, las instituciones generales que podemos determinar y especificar de esta manera se han de trasladar a un ordenamiento concreto sectorial como puede ser el local. Eso ha hecho que con más frecuencia de la que desearíamos nuestra exposición parezca redundante. En la metodología que hemos utilizado, una determinada institución hay que identificarla en el ordenamiento jurídico laboral, detallar sus contornos y sus principios de actuación para trasladarla a continuación al derecho de la función pública y determinar la concretamente en el ámbito del empleo público local. Transversalidad y verticalidad argumental abonan a veces un discurso repetitivo que debe ser enunciado y desarrollado aun a riesgo de reiterarnos en nuestra argumentación. Soy consciente de ello pero sobre la base de las múltiples intervenciones de poderes normativos sobre un único instituto a menudo esa ha sido la única manera de progresar en la investigación de una serie de instituciones que solo han podido tratarse desde una lógica inicial.

En este punto es bueno advertir de que, aunque no puede hacerse un trabajo sobre empleo público sin un conocimiento de las instituciones del Derecho del Trabajo y de los principios que lo informan, tampoco pueden adaptarse de una manera formal dichas instituciones al estatuto de los funcionarios cuyos preceptos merecen una labor de interpretación de contenidos y significación de reglas jurídicas en base a otro sistema de valores y principios, y a otras reglas de interpretación. Eso es algo que hemos procurado no perder de vista en ningún momento.

De la misma manera consideramos que la perspectiva laboral del derecho de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de carácter eminentemente tuitivo y protector ha de ser compensada con una verdadera consideración, casi una recuperación, de las potestades de organización y dirección de la Administración que se ejercen no en interés propio sino en función de los intereses públicos. Si nuestro trabajo permite afirmar alguna cosa es que dichas potestades se han acabado convirtiendo en un objeto más de la negociación, de manera que en el ámbito público se negocian una serie de poderes que en el sector privado quedan excluidos por su propia naturaleza de la negociación. Por lo tanto, no hemos querido caer aquí en una forma fácil de simplificación. El argumento principal en la transposición de determinadas instituciones del ámbito del Derecho de Trabajo del empleo privado al ámbito del Derecho del Trabajo del empleo público es que si se quiere se puede hacer. Nosotros preferimos otro método, más árido y formal, de resultado más incierto, que es el basado en la determinación de una regla o en el conocimiento de un instituto aplicable para regular o abordar una determinada situación de hecho, así como en la labor de interpretación del contenido y significación de la regla o del instituto en cuestión en un entorno público. Sabiendo que la lógica de “si se quiere se puede hacer” hoy es la mayoritaria, no cabe duda de que esta tesis puede caer rápidamente en el olvido y considerarse una labor de poca o ninguna utilidad.

Esta tesis ha resultado demasiado extensa. Nunca debería haber sido así, y su lectura produce a veces el extraño efecto de que no habría que haber estudiado o analizado esta o aquella cuestión. Soy consciente de ello, pero esta no es una tesis que inicia una trayectoria de investigación. Más bien es un trabajo que intenta volcar todo lo que hemos podido aprender sobre una materia que nos ha interesado a lo largo de muchos años. Sencillamente, el trabajo actúa a modo de resumen de una serie de cuestiones que se han venido analizando durante un extenso período de estudio, experiencia y aplicación práctica. Y no es un final de nada. Sorprende las pocas certezas que pueden comunicarse después de trabajar en una institución una serie de años. Pero si algo pretende ser esta tesis es un principio, un punto de partida para otros que seguramente lo harán mejor que yo.

En el capítulo de los agradecimientos el primero de ellos ha de ser para Alejandro Nieto, director de este doctorando eterno, hasta que la normativa de nuestra Universidad impuso otra solución. A él le debo el tema y la conducción de un trabajo que se ha visto interrumpido varias veces por opciones vitales y profesionales de distinto signo, pero le debo algo más, una presencia, una referencia y un propósito, y sobre todo le adeudo cariño, paciencia, y dedicación. Nunca se lo he agradecido de forma suficiente. Aunque, poco he hecho para merecer su apoyo, algo de

compensación, o si se quiere de expiación, hay ahora en la finalización y el depósito de este trabajo. En el mismo capítulo de los agradecimientos he de situar a Joaquín Tornos, el director actual de esta tesis, que me acogió y soportó el final de mi trabajo con un permanente buen ánimo, cálida disposición y, cuando convino, con un discreto y amable silencio que era siempre una pertinente y adecuada llamada de atención. Los dos seguramente me han dado más de lo que merezco. En este capítulo quiero referirme también a Joan Prats. Nos alentó a mí y a un grupo de compañeros al estudio de la función pública y de la teoría de la organización que vivía con verdadera pasión. Sabía hacernos cómplices de algo tan árido como el derecho y la ciencia de la Administración. Lo sigo echando de menos.

Quiero finalizar esta introducción expresando mi gratitud a mi mujer, Merche, por su presencia, cariño y comprensión, pero también por su indudable papel de permanente correctora y buena estilista en los trabajos de redacción que tan útiles y necesarios han sido para llevar a buen término esta tesis doctoral. A ella la escritura de este texto le adeuda muchas cosas. Yo también.

PARTE PRIMERA

**ESTATUTO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS, LIBERTAD SINDICAL Y
NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

1. La teoría estatutaria de los funcionarios y su evolución

Una lectura atenta del artículo 103.3 CE nos permite afirmar que nuestro texto constitucional consagra expresamente el carácter estatutario del sistema de función pública y lo establece como el régimen general de prestación de servicios a las Administraciones públicas. A nuestro juicio esta resulta ser la premisa necesaria para abordar el derecho de negociación colectiva de los funcionarios: su reconocimiento y efectos deberán hacerse compatibles con la naturaleza jurídica de la relación de empleo público y con su particular estructura normativa¹.

Lo que sea el régimen estatutario de los funcionarios públicos ya es otra cuestión no exenta de discusión. Podemos afirmar, sin un especial esfuerzo interpretativo, que estamos ante un concepto doctrinal que remite a un modo particular de prestación de servicios que asegura a los funcionarios públicos un régimen jurídico singular netamente diferenciado del modelo contractual establecido para los trabajadores privados.

Dicha diferenciación se produce en función de la prestación de sus servicios a una Administración pública, cuya organización y actividad es instrumental respecto a su función como sujeto servidor del interés general y aparato gestor de los servicios públicos en los términos establecidos por las normas jurídicas y bajo la dirección de los correspondientes órganos de gobierno, sometida siempre a los principios ordenadores que aparecen enunciados en el artículo 103.3 CE².

Precisamente de la doctrina clásica del estatuto funcionarial emerge con fuerza el carácter instrumental de la disciplina del empleo público con respecto a las finalidades institucionales de las Administraciones públicas.

De la concepción del funcionario como agente que participa de una manera permanente y normal en el funcionamiento del servicio público se deriva una especial naturaleza de su relación de empleo que le coloca en una posición de derecho objetivo, entendida como una

¹ Como señala RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “Ley y negociación colectiva en la función pública”. *Relaciones Laborales*. Nº 14, 1997, p. 1: “La Constitución no tiene el propósito de revisar el carácter estatutario del régimen funcionarial, antes bien lo consagra expresamente. Esta es la necesaria premisa para examinar la problemática de la negociación colectiva de los funcionarios, cuya existencia no debe contemplarse en nuestro ordenamiento constitucional como una alternativa, sino como un complemento y, a la vez, un correctivo de un régimen estatutario querido por el constituyente. Cualquier otro enfoque significaría desconocer el marco constitucional y el contexto en que el marco se ha gestado”. MALARET GARCIA, Elisenda. “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 84-2009, p. 202, se referirá expresamente al cambio democrático que significa el reconocimiento de la libertad sindical en la función pública como una innovación que ha de encuadrarse en el estatuto del empleo público.

² PAREJO ALFONSO, Luciano. “Administración y función pública”. *Documentación Administrativa* Nº 243, 1995, p. 79-82.

situación legal de orden general y permanente, establecida en interés del servicio, al margen siempre del interés individual de cada uno de los funcionarios, cuyo título de integración se caracteriza como un acto condición basado en un concurso de voluntades. Régimen instrumental, general e impersonal, que la Administración pública organizará, modificará y transformará unilateralmente en función de las necesidades del servicio sin preocuparse jurídicamente de la voluntad y los deseos de los agentes públicos³.

La palabra estatuto designará también la situación especial que se deriva para los funcionarios de la aplicación directa de las leyes y reglamentos, con el objetivo último de procurar su salvaguarda frente a los posibles actos de los gobernantes y de sus agentes directos. Desde esta perspectiva, el régimen estatutario se presenta como un sistema de protección del funcionario frente a la arbitrariedad administrativa, con la consecuencia de que toda ley o reglamento que modifique en más o en menos la situación de un cuerpo o escala se aplica por igual a todos los funcionarios incluidos en el mismo grupo profesional. De ahí la funcionalidad protectora del estatuto como situación de derecho objetivo con alcance general y capacidad para condicionar una o más situaciones individualmente determinadas⁴.

A partir de ahí lo que caracteriza a la situación estatutaria de los funcionario es su definición como una situación objetiva, general e impersonal, establecida por la ley y el reglamento, modificable a cada momento en interés del servicio, y protectora del conjunto de la función pública entendida como un grupo profesional uniforme.

El régimen estatutario es impersonal ya que el funcionario no puede, a través de convenciones particulares, constituir una situación individual; es general o idéntico para todos aquellos que forman parte de un mismo grupo funcional; es esencialmente legal, ya que las obligaciones del funcionario derivan de la ley y de los reglamentos que la desarrollan, sin que se pueda acreditar ningún derecho contractual, ni constituirse una relación convencional entre las partes⁵.

La situación objetiva del funcionario que garantiza el cuerpo de reglas jurídicas que constituye su estatuto se opone a la situación subjetiva propia del contrato, es decir, al tratamiento

³ DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomé Troisième. Paris: Ancienne Librairie Fointemoing & C^a, 1930, p. 7, 103-104 y 119-127. Desde una perspectiva institucionalista es la nota de incorporación o adhesión del funcionario a la institución administrativa y los derechos y deberes derivados de la misma, la que sitúa al funcionario en una situación objetiva, constituyendo los empleados del mismo orden una colectividad cuya condición es uniforme, considerándose lógico y natural que su régimen jurídico se determine a través del reglamento y no del contrato, tal como se puede ver en HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General*. Cinquième Edition. Paris : Librairie de la Société du Recueil G^a des Lois et des Arrêts, 1903, p. 556-557.

⁴ DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*, *ob.cit.*, p. 113.

⁵ BICHOFF, M.G. *Fonction publique et contrat*. Paris: Sirey, 1927, p. 50-51.

individual de la relación del funcionario con la Administración pública. Precisamente, la preocupación por la introducción en el ámbito de los servicios públicos del régimen del contrato de locación de servicios, que permite a los individuos discutir y establecer el régimen de sus condiciones de trabajo en el momento del ingreso a la relación, constituyendo, una vez celebrado, ley entre las partes que solo puede modificarse por su voluntad concordante, constituye el aspecto esencial de la polémica sobre el régimen jurídico que ha de regir la función pública⁶.

La opción por el contrato como modelo organizativo que ha de regir la estructuración de las relaciones entre la Administración pública y sus funcionarios se considera carente de flexibilidad e incompatible con las necesidades de adaptación de los servicios públicos. La imposibilidad de alterar el régimen del contrato por voluntad de una de las partes tiene como consecuencia directa la introducción de una excesiva rigidez en el momento en que convenga armonizar la organización de un servicio público con las necesidades sociales. El principio de mutabilidad o adaptación de los servicios públicos exige que las prestaciones del mismo se adecuen a las necesidades de sus usuarios, mejorando en cantidad y calidad progresivamente y adoptando los procedimientos técnicos que en cada momento se consideren necesarios y convenientes, sin que la situación de los empleados vinculados al servicio público puedan constituirse en un obstáculo efectivo para las necesidades que deban satisfacerse⁷.

La definición en la doctrina de la época del estatuto como una situación regulada por reglas objetivas de naturaleza general e impersonal, corre pareja con la formulación por la escuela objetivista del convenio colectivo de trabajo como una categoría jurídica nueva, al margen del derecho civil y del contrato privado de raíz individualista, lo que comporta su definición como un “convenio-ley”, con capacidad para regular las relaciones entre dos clases sociales⁸. Desde una perspectiva diferente, pero en la misma dirección, el institucionalismo jurídico entenderá el sindicato como una institución-organismo y el convenio colectivo pasará a ser una carta de dicha institución, dicho más llanamente, una fórmula estatutaria de un grupo institucional⁹.

⁶ El debate en torno al contrato o al estatuto como instituciones jurídicas que han de regir el particularismo de la situación funcionarial en la doctrina francesa de fines de siglo, puede seguirse en KAFTANI, Catherine. *La formation du concept de fonction publique en France*. Paris: LGDJ, 1998, p. 131-136.

⁷ La tesis se expone con una claridad meridiana en JÉZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo*, II (1). Buenos Aires: Desalma, 1949, p. 266-267.

⁸ DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada, Francisco Beltrán. Madrid: Librería española y extranjera, 1921, p. 154.

⁹ Como se puede ver en el tratamiento de la doctrina de Hauriou y sus discípulos analizada en nuestro país por GALLART FOLCH, Alejandro. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Comares, 2000, p. 100-103.

Situados en estos términos, no debe sorprendernos la previsión de una futura acomodación de la situación del trabajador al modelo estatutario, llegándose a afirmar que la natural evolución de las cosas acabaría comportando que en un futuro próximo la situación del personal obrero acabaría siendo de naturaleza institucional, es decir, de base legal y reglamentaria¹⁰.

En consecuencia, entre algunos autores no se considera incompatible la concepción estatutaria de la relación de función pública con algún tipo de relación bilateral entre los funcionarios y la Administración pública que permita su participación en la formulación de la regulación legal y reglamentaria, regulación que en todo caso resultaría unilateral en su origen pero no en la definición de sus contenidos¹¹.

Resumiendo, la teoría clásica del estatuto de los funcionarios públicos se opone frontalmente a la utilización en el ámbito público del contrato individual de trabajo por entenderlo poco instrumental para su adaptación continua a las necesidades del servicio y generador de desigualdades individuales que pueden favorecer la intervención arbitraria de las autoridades política en perjuicio de la necesaria imparcialidad y profesionalidad de la función pública.

De ahí proviene la formulación del estatuto como una norma de derecho objetivo, general e impersonal, propia de un grupo profesional. La teoría estatutaria así planteada se acerca a la concepción del convenio colectivo como instrumento institucional dotado de la fuerza

¹⁰ HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Neuvième Edition. Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1919, p. 667. El estatuto y el convenio colectivo parecen surgir como dos instituciones coetáneas en el tiempo, dotadas de idéntica naturaleza objetiva y orientadas a establecer las normas de prestación de servicios de un grupo profesional, con un indudable potencial de confluencia, sólo frustrada por la irrupción de un sindicalismo revolucionario anticapitalista y antiestatal, tal como se afirma en LAFON, JACQUES, “Le contrat de fonction publique. Note sur la naissance de l’État patron”, *Revue historique de droit français et étranger*, 1974, p. 659 y ss.

¹¹ HAURIOU, MAURICE, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, *ob.cit.*, p. 556, nos dirá que la regulación reglamentaria de la situación de los funcionarios públicos se opone al contrato de trabajo, ya que el reglamento es naturalmente “colectivo”, mientras que el contrato es naturalmente individual. En nota a pie de página advertirá que en el sector industrial existen contratos colectivos cercanos a las normas reglamentarias. Más concretamente JEZÉ, GASTON, *Principios generales del derecho administrativo*, *op.cit.*, p. 268-270, afirmará la posibilidad de acoplar una convencional adicional a la situación legal estatutaria, advirtiendo que, en todo caso, la determinación de las condiciones de empleo será una decisión administrativa adoptada exclusivamente por un órgano administrativo. La oposición de la doctrina clásica a una mayor penetración de los derechos colectivos de los funcionarios en el sistema del estatuto debe matizarse en función de cada momento histórico y en particular por la incorrecta asimilación hecha entre sindicato y huelga revolucionaria, por lo que no es de extrañar que la posición de autores tan relevantes como Hauriou, Duguit o Berthélemy, manteniendo siempre el principio estatutario, vaya oscilando entre la oposición más absoluta a la organización sindical de los funcionarios públicos y el reconocimiento de una posible participación de las asociaciones profesionales de los funcionarios en la definición de sus condiciones de trabajo, participación que ha de expresarse dentro del marco estatutario y de forma compatible con el principio de autoridad y la naturaleza de la función pública, tal como se puede ver en KAFTANI, Catherine. *La formation du concept de fonction publique*, *ob.cit.*, p. 158. Una muestra representativa de esta posición puede encontrarse en los comentarios sobre asociaciones profesionales, sindicatos y huelgas de funcionarios de HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*. T. III. Paris: Recueil Sirey, 1929 (Ed. 1931), p. 130 y ss.

normativa necesaria para establecer reglas generales y abstractas que puedan vincular las relaciones individuales de trabajo de un grupo profesional. Desde esta perspectiva la oposición existente entre el estatuto y el contrato individual no se traslada a la convención colectiva. En todo caso, el estatuto es siempre una expresión del poder normativo del Estado, lo que no excluye que su contenido pueda ser determinado por un convenio resultante de una negociación con los representantes de los funcionarios. Sin embargo, el convenio en el seno del estatuto no es una expresión de la capacidad reguladora del grupo social sino el posible contenido de una expresión del poder normativo del Estado que admite en su formulación una participación intensa de los representantes del grupo profesional.

En la doctrina más moderna, la posición jurídica propia de los agentes públicos se sigue calificando con la expresión tradicional de “legal y reglamentaria”, advirtiendo de que la misma comporta la mutabilidad de la situación de los funcionarios públicos que se considera alterable por el legislador o la autoridad reglamentaria en función de las exigencias del interés general y las necesidades del servicio. Precisamente, la posibilidad de modificar el estatuto sin el consentimiento del funcionario constituye una fórmula eficaz para facilitar la reorganización de los servicios públicos y adaptarlos en cada momento a las necesidades que se hayan de atender. Esta situación de mutabilidad se contrarresta con la existencia de una serie de garantías que, en todo caso, serán las que en cada momento, con carácter general, el estatuto puede llegar a definir¹².

La situación estatutaria de los funcionarios públicos excluye los acuerdos o pactos que tengan por objeto la creación de una situación jurídica de carácter individual y particular. La naturaleza de la relación estatutaria tiene como consecuencia que los derechos y deberes de los agentes públicos estén determinados con carácter general y abstracto. Como efecto inmediato se eliminan las obligaciones individuales o las medidas particulares que puedan tener en cuenta la situación personal de los funcionarios. Por ello el estatuto responde siempre a una determinada matriz institucional y no puede ser alterado o completado por acuerdos individuales o derogaciones singulares que, por definición, no poseen un carácter objetivo y general al modo estatutario.

Esta situación se considera compatible con un determinado grado de “contractualización” de la relación de empleo público, cuyo resultado último sea el establecimiento de una serie de medidas que se considera tienen el carácter de decisiones negociadas, sin que su incorporación

¹² CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Tome 2. 10 édition. Paris: Montcrestien, 1997, p. 59-68.

al estatuto altere la naturaleza legal y reglamentaria del mismo y la situación individual de los agentes públicos que se sigue considerando como propia de una relación estatutaria¹³.

2. Constitución y estatuto de los funcionarios

En nuestro país el término “estatuto” con referencia a los funcionarios públicos aparece citado en los artículos 103.3 y 149.1 CE, sin que en dichos preceptos se defina su concepto o se delimite su contenido material. Nuestra doctrina considera el régimen estatutario como una situación jurídica objetiva en la que se coloca el funcionario y en cuya virtud tiene en cada momento los derechos y deberes propios de esta particular posición que subsistirán siempre que no se modifiquen las normas que los establecen, modificación a la que no podrá oponerse el funcionario, teniendo en cuenta que el régimen definido con carácter general para todos los funcionarios no podrá ser alterado singularmente por la Administración pública en perjuicio o ventaja de alguno de ellos ni, inversamente, podrán los funcionarios renunciar a algún elemento de su propio estatuto¹⁴.

Dicho planteamiento se entiende compatible con una cierta “contractualización” de la función pública fundamentada en una negociación colectiva cuyos acuerdos constituyen el presupuesto esencial para la adopción de verdaderas decisiones administrativas y normas públicas, con lo que se salvan los postulados tradicionales del régimen estatutario y se reducen los ingredientes autoritarios del sistema de regulación de las relaciones entre los funcionarios y la Administración pública¹⁵.

La jurisprudencia constitucional ha definido el régimen estatutario de los funcionarios como un concepto doctrinal, al margen de un particular texto o cuerpo normativo, reconocido como

¹³ La “contractualización” se concibe como un procedimiento negociado de creación de normas propias del régimen estatutario, con lo que el principio estatutario propio del sistema de función pública sólo rige, en realidad, las relaciones individuales de cada funcionario con el Estado. En resumen, condenado el contrato en el plano individual, el contrato aparece en el plano colectivo a través de las relaciones que el Estado mantiene con sus agentes agrupados en sindicatos, tal como se afirma en RUZIÉ, David. *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Étude comparative de leur condition juridique*. Paris: LGDJ, 1960, p. 130.

¹⁴ ENTRENA CUESTA, Rafael. “El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro-homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III. Madrid: Civitas, 1991, p. 2601-2602. En un sentido formal puede entenderse por relación estatutaria la que se entabla entre los funcionarios y la Administración, cuyo contenido, los derechos y obligaciones del funcionario, aparece definido a través de una norma jurídica que puede ser objeto de modificación por quien tiene competencia para ello, tal como se sostiene en MARTÍNEZ DE PISON APARICIO, Iñigo. *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*. Madrid: Civitas, 1995, p. 191.

¹⁵ ENTRENA CUESTA, Rafael. El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional, *ob.cit.*, p. 2614.

constitutivo de una determinada situación jurídica que se define legal y reglamentariamente, con las consecuencias siguientes:

- a) Poder ser modificada en todo momento, sin que los funcionarios públicos detenten un derecho adquirido al mantenimiento de la posición que tuvieran cuando ingresaron al servicio de la administración pública.
- b) Estar la situación de los funcionarios fijada de manera impersonal, sin elementos de diferenciación que no resulten objetivos ni generales.
- c) Considerar el acto de nombramiento que determina la incorporación a la relación de servicios, como un acto de autoridad no contractual¹⁶.

El estatuto define el conjunto de los derechos y deberes esenciales de los que son titulares los funcionarios, es decir, regula los aspectos básicos de su situación personal sin cuyos elementos jurídicos caracterizadores no sería reconocible, lo que remite la técnica estatutaria a un determinado contenido identificador¹⁷.

A nuestro juicio, lo que pueda ser la identificación del estatuto funcionarial en términos constitucionales se encuentra en el artículo 103.3 CE, donde se establece una reserva de ley para la regulación del estatuto de los funcionarios con un contenido que comprende: “el 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”.

Más allá de estos aspectos no parece que exista un estatuto del funcionario con rango constitucional, ni parece que la matriz estatutaria pueda extenderse a otras características que no se consideran imprescindibles desde una concepción estrictamente doctrinal¹⁸.

¹⁶ SSTC 5/1982, de 8 de febrero; 57/1982, de 27 de julio; 178/1989, de 2 de noviembre; y 292/1991, de 18 de octubre.

¹⁷ SSTC 76/1983, de 5 de agosto; y 140/1990, de 20 de septiembre.

¹⁸ No existe en nuestro sistema constitucional una garantía institucional del estatuto de los funcionarios entendida ésta como un complejo normativo articulado en torno a una serie de valores y principios tradicionales que cubra todo el universo del empleo público. Cuestión distinta es aceptar que existe una garantía constitucional en base a una serie de criterios sustantivos contenidos en el propio artículo 103.3 CE, tal como se recoge por PULIDO QUEVEDO, Manuel. *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1992, p. 423; BAÑO LEÓN, José M. “Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa”, en: ORTS BERENGUER, ENRIQUE. *Delitos de los funcionarios públicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p. 11 y ss.; MONTORO CHINER, María Jesús. “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”. *Revista de Administración Pública*. Nº 136, 1995, p. 180-182; PRATS CATALÀ, Joan. “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”. *Documentación administrativa*. Nº 241-242, 1995, p. 40-46; FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. *Constitución y empleo público*. Granada: Comares, 2000, p. 115 y ss.

Es más, el artículo 103.3 CE establece una previsión de futuro anunciando que se dictaran una o varias leyes cuyo objeto normativo es “el” estatuto de los funcionarios, dicho de otra manera, la ordenación de su régimen de prestación de servicios, siendo su contenido obligado el derecho de acceso en condiciones de igualdad y mérito, la introducción de peculiaridades en la libertad sindical de los funcionarios y las garantías necesarias para el ejercicio de funciones públicas en régimen de imparcialidad.

Todas estas prescripciones definen el perfil de la institución estatutaria a la que quedan unidas con un nexo inderogable, pero la reserva de ley propia del estatuto de los funcionarios no se extiende más allá y, sobre todo, no se extiende necesariamente a la entera temática del empleo público sino solo a las materias derivadas y conexas correspondientes a “al acceso a la función pública”, a las “peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación”, al “sistema de incompatibilidades” y a las “garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”¹⁹.

Por consiguiente, puede concluirse que el régimen estatutario constituye un modo determinado de regulación de una relación profesional que se considera instrumental con respecto a las exigencias de organización y funcionamiento de un sujeto singular –la Administración pública– en función de su finalidad de servicio objetivo del interés general.

La característica específica de este modo regulativo consiste en la definición del régimen jurídico de los funcionarios públicos a través de normas generales de carácter legal y reglamentario que por un lado, han de garantizar la modificación y adaptación de sus

¹⁹ Es por ello que a primera vista se haya podido discutir los pronunciamientos de la STC 99/1987, de 11 de junio, en los que se describe el contenido propio del régimen estatutario, incluyendo: “la formación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas”. Estas materias coinciden casi literalmente con la estructura de capítulos propia del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado, con lo que parece que se interpretan los enunciados constitucionales deduciéndolos de normas de rango inferior sin la debida conexión con el programa constitucional establecido para la configuración de la institución estatutaria por el legislador en base al apoyo que suministra la legislación vigente en materia funcionarial en el momento de la aprobación del texto constitucional, tal como se plantea en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público”. *Revista Catalana de Derecho Público*. Nº 24, 1999, p. 22. En esta línea, afirmando que el Tribunal Constitucional ha realizado una determinada interpretación estatutaria, asumiendo la configuración institucional heredada de la legislación preconstitucional, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El empleo público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 280. Dicha autora profundiza en la tesis de la libertad del legislador para configurar el régimen jurídico de la función pública al entender el concepto de estatuto como un sistema de normas que deben disciplinar una materia –los funcionarios públicos– sometida constitucionalmente a una reserva de ley formal que no prejuzga la naturaleza y el contenido concreto de dichas normas, olvidando, a nuestro parecer, las vinculaciones substanciales contenidas en el programa normativo del artículo 103.3 CE.

condiciones de empleo a las necesidades del servicio, y, por otro, los han de proteger frente a posibles discriminaciones y arbitrariedades de las autoridades administrativas.

De esta manera, la situación objetiva del funcionario se opone a la situación subjetiva del contrato, pero no resulta incompatible con la producción consensuada de normas jurídicas y decisiones administrativas que se incorporan al estatuto o lo desarrollan, complementan y aplican con carácter general.

3. Constitución y derecho de negociación colectiva en la función pública

No parece existir un modelo teórico o “tipo ideal” de negociación colectiva, aunque puede distinguirse con facilidad el convenio colectivo como producto de la autonomía colectiva de la negociación colectiva como proceso creador de derecho objetivo con independencia de cuál sea la fuente formal en la que este se deposita y su eficacia misma²⁰.

En nuestro país, el artículo 37.1 CE contiene un mandato a la ley para garantizar el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios y la fuerza vinculante de los convenios.

La referencia expresa en el precepto constitucional a una negociación colectiva “laboral” entre “representantes de los trabajadores y los empresarios”, se entiende por la mayoría de nuestra doctrina como una remisión de la institución al ámbito de la regulación de las relaciones de empleo por cuenta ajena que se producen en el seno de la empresa y se someten al estatuto de los trabajadores²¹.

²⁰ La producción de normas convencionales y sus efectos se configura de distinto modo en cada ordenamiento jurídico en función de las distintas opciones constitucionales o legislativas y de los distintos sectores de actividad, tal como se afirma en MONEREO PÉREZ, José Luís. “Estudio preliminar. Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”. Estudio preliminar a la obra de GALLART FOLCH, Alejandro. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Comares, 2000, p. XXXVI. En los estándares internacionales, se concibe la negociación colectiva como el conjunto de negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de fijar las condiciones de empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, y entre organizaciones de los anteriores, o lograr todos estos fines a la vez; sobre estos estándares, TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Angel. “Método comparado y negociación colectiva: pautas analíticas para los sistemas y tendencia jurídico-política”. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 5, Nº 2, 2017, p. 6-9.

²¹ Al respecto BLASCO ESTEVE, Avelino. “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista española de derecho administrativo*. Nº 52, 1986, p. 517 y ss. La tesis mayoritaria partidaria de excluir la negociación colectiva de los funcionarios públicos del artículo 37.1 CE se puede encontrar en los trabajos de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*. Barcelona: CEDECS, 1996, p. 59-61; ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 33-35; RODRÍGUEZ RAMOS, María José.

El uso de la interpretación literal del artículo 37.1 CE para argüir la reducción del ámbito del derecho de negociación al campo estricto de las relaciones de trabajo privado, nos parece un argumento que puede y debe ser completado con un análisis más estructural en el que se tenga en cuenta que en nuestra Constitución el derecho a la negociación colectiva comprende tanto el acuerdo convenido y su eficacia jurídica como el proceso negociador²².

Esta precisión resulta del máximo interés cuando se admite como hipótesis que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se fundamenta en el artículo 37.1 CE. En este supuesto se estará optando por reconocer a los representantes de los funcionarios como contraparte social con capacidad para la defensa de sus intereses frente a la Administración pública, se avalará a la vez la obligación de los poderes públicos de disponer un sistema efectivo de participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, pero se aceptará también el reconocimiento constitucional de un modelo de producción normativa que ofrece como resultado el valor vinculante de los convenios obtenidos con efecto directo sobre las relaciones individuales de empleo incluidas en sus respectivos ámbitos de aplicación, en base a la natural eficacia de todo producto convencional fundado en la autonomía colectiva, entendida como una suerte de poder social sobre el que se sustenta una regulación que no deja de ser una transposición en el plano colectivo de la libertad individual de contratación²³.

El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el estatuto de los trabajadores. Granada: Comares, 1997, p. 392-393; LAHERA FORTEZA, Jesús. *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios.* Madrid: CES, 2000, p. 76-77; BENGOTXEA ALKORTA, Aitor. *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 55-59. No han faltado excepciones a la corriente mayoritaria que subrayan la conveniencia de no realizar una interpretación restrictiva de la expresión “representantes de los trabajadores y empresarios” y del término “laboral”, con el argumento de que dichas expresiones delimitan el contenido del derecho pero no su ámbito subjetivo, así ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos.* Madrid: Tecnos, 1981, p. 326 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente A. “Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española”. *Revista Española de Derecho del Trabajo.* Nº 39, 1989, p. 439-447; MARÍN ALONSO, INMACULADA. *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionario en la administración pública. Los acuerdos mixtos.* Granada: Comares, 1999, p. 22-25.

²² CORREA CARRASCO, Manuel. “La eficacia jurídica del convenio colectivo como fuente (formal) del Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo.* Nº 88, 1998, p. 228 y ss.

²³ El entendimiento de la autonomía colectiva como un poder social resultado de la oposición dialéctica entre sujetos privados, nacido al margen de la intervención estatal pero dotado de efectividad jurídica como fuente material del derecho, aunque posteriormente integrado en el ordenamiento jurídico formal, que se erige en el fundamento directo de la negociación colectiva y en referente inmediato del convenio colectivo como norma positiva dotada de eficacia propia, es la tesis principal del trabajo de CORREA CARRASCO, Manuel. *La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo.* Madrid: Universidad Carlos III; Boletín Oficial del Estado, 1997, p. 180-190. A tener en cuenta que otras tesis predicán la consideración del convenio colectivo como un contrato cuya fuerza vinculante supone su aplicación a las relaciones individuales de trabajo de su ámbito sin necesidad de que el convenio colectivo se convierta en una norma jurídica del ordenamiento laboral, por tanto, aquí la negociación colectiva es expresión de la autonomía de la voluntad privada de carácter colectivo y el convenio colectivo es fuente de obligaciones con fuerza vinculante, lo que implica, en su ámbito, un doble efecto de automaticidad e inderogabilidad frente a los contratos de trabajo, tal como se defiende en LAHERA FORTEZA, Jesús. *Normas laborales y contratos colectivos.* Madrid: Reus Editorial, 2008, p. 48-65. En cualquier caso, en la

Dicho planteamiento nos parece poco compatible con la posición institucional de un sujeto público que no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con interdicción expresa de la arbitrariedad, actuación cuya finalidad última no puede buscarse en la protección de intereses económicos y sociales propios, sino en el servicio objetivo del interés general²⁴.

Pensamos también que la adopción del convenio colectivo con efectos vinculantes sobre la relación del empleo individual, difícilmente puede independizarse del contrato de trabajo salvo que se pretenda su asimilación a las normas jurídicas y su integración en el poder normativo del Estado.

Un convenio colectivo con eficacia directa y fuerza vinculante, resulta difícilmente acomodable al sistema de fuentes propio del estatuto de los funcionarios, configurado esencialmente en base a determinados principios constitucionales y articulado por normas de derecho objetivo que han de inspirarse en la satisfacción de las necesidades institucionales propias de los aparatos públicos, definidas en cada momento por los órganos de gobierno previa ponderación de los intereses en presencia, incluido también el interés colectivo de los funcionarios.

Entendemos que cuando se habla de la fuerza vinculante del convenio nos estamos refiriendo a la incidencia directa de la regla colectiva sobre el contrato de trabajo, ya sea directamente, ya sea a través de la interposición de un norma social, pero entendida siempre como incorporación de la cláusula colectiva al contrato individual - eficacia inmediata –y como nulidad de toda cláusula del contrato individual derogatoria del convenio colectivo– eficacia inderogable.

Por ese motivo el acuerdo colectivo, encuadrado como convención o contrato, desarrolla una función esencialmente regulativa que se cumple en sus efectos jurídicos en relación con las prescripciones del contrato de trabajo y en función de la neutralización de los posibles efectos derogatorios que la libertad de contratación permite al contrato individual.

tesis normativista, el convenio es fruto o expresión de un poder social al que la Constitución otorga la cualidad y los efectos de una norma jurídica, consagrando un poder normativo que se ejerce mediante la negociación colectiva; en la tesis contractualista, el reconocimiento de la libertad negocial supone el respaldo constitucional a los pactos privados entre sujetos colectivos con proyección laboral pero no su asimilación a las normas jurídicas ni la integración de los mismos dentro del Estado. En las dos tesis el convenio colectivo acaba siendo una expresión del poder normativo de los grupos sociales, una creación privada, que se considera paralela o al margen del poder normativo del Estado.

²⁴ Subrayando la dificultad de referirse a la “autonomía colectiva” cuando una de las partes es la Administración pública, a la que no se puede aplicar la cualidad o condición de autónoma, ya que cualquier acuerdo ha de encontrar su fundamento en el interés público y ha de tomar en consideración los principios que deben respetarse obligatoriamente en el sector público como pueden ser los de igualdad y mérito, imparcialidad y funcionalidad al servicio público, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales, *ob.cit.*, p. 30-31.

La inserción de este tipo de institución en la relación estatutaria, que por naturaleza obedece a una lógica objetiva, no contractual, parece difícil y exige valorar el tratamiento jurídico de la negociación y la naturaleza del acuerdo colectivo en el sistema del estatuto, sin proceder a una traslación acrítica de un convenio colectivo con efectos vinculantes que encuentra su ámbito natural de desarrollo y aplicación en el sistema del contrato de trabajo²⁵.

Por todo lo expuesto, nos parece que la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos sobre el diseño establecido en el artículo 37.1 CE, como un derecho a la negociación orientado a la producción de acuerdos dotados de una clara matriz contractual a los que se reconoce una eficacia jurídica directa sobre las relaciones individuales de trabajo, parece mostrar una natural disconformidad con el modelo estatutario garantizado por el mismo texto constitucional²⁶.

Si tenemos en cuenta estas precisiones la posición más correcta, en función de esta manifiesta incompatibilidad funcional, parece ser la de excluir a los funcionarios públicos del ámbito del modelo de negociación establecido en el artículo 37.1 CE, que se referiría en exclusiva al trabajo privado.

Ello no significa que la negociación colectiva en la función pública no tenga ninguna cobertura constitucional, simplemente significa que no está garantizada con el perfil institucional establecido en el artículo 37.1 CE, sin que ello haya de suponer otra cosa, ya que el fundamento del derecho a negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos podría localizarse en otros preceptos del texto fundamental y, más concretamente, en los que hacen referencia al derecho de libertad sindical.

²⁵ Una salida airosa para la tesis que defienden la aplicación del artículo 37.1 CE a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos consiste en defender que lo asignado por dicho precepto es sólo el derecho a negociar, pero no a contratar, sus condiciones de trabajo, tal como se puede ver en OJEDA AVILÉS, Antonio, “Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; VALDÉS DAL-RE, Fernando; CASAS BAAMONDE, María Emilia (Coordinadores). *Estabilidad en el empleo, dialogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*. Madrid: Tecnos, 1998, p. 278-279.

²⁶ Cuestión distinta es que se quieran forzar las cosas en base a esquemas conceptuales previos y se acabe transformando la situación objetiva en qué consiste la relación estatutaria en un “contrato individual de servicio” sobre el que inclusive se pueden estipular condiciones más beneficiosas, tal como se hace en TREVIÑO PASCAL, Mariano. “Naturaleza jurídica y eficacia normativa del acuerdo colectivo resultado de la negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista de Derecho Social*. Nº 80, 2017, p. 204.

4. Constitución y ejercicio de la libertad sindical en la función pública

El artículo 28.1 CE parece reducir la libertad sindical al ámbito del sindicato como organización, formulando exclusivamente el derecho a fundar sindicatos y el de afiliación positiva y negativa, así como la capacidad de los sindicatos de formar confederaciones y fundar organizaciones sindicales internacionales.

La vertiente asociativa de la libertad sindical no agota la potencialidad del precepto mencionado, pues como el propio Tribunal Constitucional ha mantenido, en este se incluyen también los derechos de actividad que el sindicato tiene reconocidos para la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios. Según se desprende de la Constitución y de los Tratados Internacionales ratificados por España, especialmente de los Convenios 87 y 98 de la OIT, estos derechos de actividad sindical resultan ser los de negociación colectiva y huelga, incluyéndose también el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo²⁷.

En base a esta interpretación el contenido esencial de la libertad sindical integraría como derechos de actividad el de negociación colectiva, el de huelga y el de planteamiento de conflictos colectivos, que a todos los efectos formarían parte del núcleo mínimo e indisponible de la libertad, asegurando al sindicato la disponibilidad de los medios de acción que le permiten realizar la actividad a la que está llamado por el artículo 7 CE.

El resto de los derechos relacionados con la actividad sindical en la empresa pasarían a formar parte del denominado contenido adicional de la libertad sindical que resultaría de la atribución de las mencionadas facultades por las leyes y reglamentos, pero, también, por los convenios colectivos²⁸.

La inclusión de la negociación colectiva en el contenido esencial de la libertad sindical no deja de plantear una serie de interrogantes. En primer lugar, se eleva a la naturaleza de derecho fundamental otro derecho que con toda evidencia el legislador constitucional ha querido excluir de esta categorización; por su configuración diferenciada y colocación sistemática en el texto constitucional el derecho a la libertad sindical y el derecho de negociación colectiva tienen un distinto nivel de protección, sin que sea de recibo que derechos de los ciudadanos consagrados

²⁷ SSTC 70/1982, de 29 de noviembre; 37/1983, de 11 de mayo; y 73/1984, de 27 de junio.

²⁸ Un análisis de la jurisprudencia constitucional sobre la materia en DURÁN LÓPEZ, Federico y SÁEZ DE LARA, Carmen, "Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 52, 1992, p. 171 y ss; VIDAL MARÍN, Tomás, "La libertad sindical". *Parlamento y Constitución*. Nº 4, 2000, p. 216 y ss.

en el texto constitucional, como el de negociación o el de conflicto colectivo, constituyan el contenido de un derecho fundamental que de esta manera se convierte en un derecho de difícil delimitación y concreción por el legislador²⁹. En segundo lugar, es evidente que si la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical habrá que diferenciar dónde empieza y acaba la intersección de ambos derechos. En otras palabras, habrá que delimitar el ámbito del derecho a la negociación colectiva incluido en el contenido esencial del derecho de libertad sindical si no se quiere llegar a afirmar la falta de necesidad de la declaración contenida en el artículo 37.1 CE³⁰.

Por ello, el propio Tribunal Constitucional ha matizado progresivamente el contenido de la libertad sindical en su vertiente de acción colectiva, considerando que la tutela del derecho de negociación a través de la protección de la libertad sindical, no puede integrar todos los poderes y facultades que corresponde al sindicato en la negociación. Desde esta perspectiva, la libertad sindical significa reconocer un derecho a la actividad que se puede esperar de este tipo particular de asociación como representación institucional a la que constitucionalmente se reconoce la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, lo que sin duda incluye el poder de adoptar las conductas instrumentales tendentes a la obtención de acuerdos pero no el derecho a obtener un resultado, con lo que negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio del derecho de negociación colectiva por los sindicatos de un modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación, es lo que puede entenderse como una práctica contraria al artículo 37.1 CE y como una violación de la libertad sindical que consagra el artículo 28.1 CE³¹.

²⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ALARCÓN, Manuel Ramón (Coordinador). *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons, 1992; MEDINA GUERRERO, Manuel. *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 161. Lo que persigue el derecho de libertad sindical es la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, finalidad que se puede conseguir con distintos medios de acción, siendo la negociación colectiva el más importante, pero también uno más, con la peculiaridad de que además es un derecho constitucional reconocido a todas las representaciones de los trabajadores sindicales y unitarias, tal como se advierte en MARÍN MORAL, Isabel. *Libertad sindical y Constitución*. Murcia: Ediciones Laborum, 2003, p. 99.

³⁰ Tomamos el razonamiento de FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda. “El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 54, 1992, p. 600.

³¹ SSTC 187/1987, de 24 de noviembre; 184/1991, de 30 de septiembre; y 105/1992, de 1 de julio. La STC 107/2000, de 5 de mayo, matizara que: “no toda limitación de la capacidad de actuación de un Sindicato determina necesariamente una vulneración de la libertad sindical, sino que tal lesión sólo se producirá cuando la reducción incida realmente en el derecho a la actividad sindical y tenga lugar de modo arbitrario, antijurídico y carente de justificación”, con lo que la estrecha relación existente entre libertad sindical y negociación colectiva de las condiciones de trabajo parece adoptar un modo claramente defensivo o reaccional frente a posibles conductas perturbadoras de una libertad social, al margen de su concreta configuración legal. Igualmente, cuando la negociación ha producido un resultado, el derecho fundamental trasciende el proceso negociador y ampara bajo su protección la necesidad de respetar lo acordado. De hecho, se ha extendido el ámbito de protección de ese derecho a supuestos que superan la actividad negociadora en sentido estricto al considerar que el desconocimiento

Por estas razones puede afirmarse que el conjunto de facultades que componen el derecho de negociación colectiva no integra a priori el contenido esencial de la libertad sindical, implicándola directamente solo en aquellos casos en los que, de manera directa o indirecta, formal o materialmente, se niegue, impida, obstaculice o desvirtúe el derecho de los sindicatos a negociar libremente³².

Ahora bien, este planteamiento presupone un sistema de negociación determinado que permita al sindicato la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. El contenido esencial de la libertad sindical exige que se permita a las organizaciones sindicales accionar en defensa de los intereses de sus miembros, pero no impone un concreto sistema a emplear para este fin³³.

Por tanto, hay que concluir que el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva amparado por la libertad sindical consiste en el derecho a negociar pero no en el derecho a alcanzar un resultado. Sin embargo, el ejercicio del derecho a negociar comprende también la imposibilidad de desconocer lo pactado con la voluntad de frustrar los efectos de la negociación, pero no comprende un determinado efecto de la negociación, ni ampara un contenido definido más allá de lo que pueda ser una incidencia significativa en el establecimiento de las condiciones de trabajo³⁴.

frontal y abierto de lo pactado dirigido a frustrar los efectos de la negociación llevada a cabo con anterioridad supone una trasgresión del contenido de derecho de negociación tutelado por la libertad sindical, pues tal actuación sería equiparable en sus consecuencias a una obstaculización de la negociación, ya que eliminando las consecuencias de la actividad negociadora se estaría impidiendo la actuación sindical que aparecería como una actuación formal privada de todo contenido. En ésta dirección, la STC 225/2001, de 26 de noviembre.

³² La STC 184/1991, de 30 de septiembre, subrayará que: “esa especial tutela de la negociación colectiva como elemento de la libertad sindical no puede ser entendida como la constitucionalización de todos y cada uno de los poderes y facultades que corresponden al Sindicato en la fase de negociación misma, y en su ejecución y aplicación, y en la doctrina de este Tribunal ha venido referida fundamentalmente al acceso efectivo a la contratación colectiva, para impedir que los poderes públicos, la organización empresarial, el empresario u otros sindicatos rechacen arbitrariamente la participación en un proceso de contratación colectiva de un Sindicato legalmente legitimado para ello, convirtiendo dicha exclusión no sólo en un ilícito legal, sino también en un ilícito constitucional por contradicción con el derecho reconocido en el art. 28.1 CE”. Por tanto, la conexión entre libertad sindical y negociación colectiva habría que encontrarla en el acceso efectivo a la negociación colectiva, esto es, en el derecho a no ser excluido arbitrariamente de un proceso negociador, como se sostiene en CARMONA CONTRERAS, Ana M^a. *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva*. Madrid: Tecnos, 2000, p. 65.

³³ La STC 75/1992, de 14 de mayo, nos dirá que la libertad sindical ha de permitir a los sindicatos luchar por la defensa de los intereses de sus miembros, pero no garantiza ni a los sindicatos ni a sus miembros un trato específico por parte del Estado; es más deja al Estado la elección de los medios a emplear a este fin. Más concretamente, la STC 127/1995, de 25 de julio, indicará que el artículo 28.1 CE integra el derecho a llevar a cabo una libre acción sindical comprensiva de todos los medios lícitos y sin indebidas injerencias de terceros.

³⁴ A partir de aquí no puede pretenderse, en base a la libertad sindical y a su relación con el artículo 7 CE, que cuando los sindicatos representativos de los funcionarios negocien estén actuando conforme al artículo 37.1 CE, tal como se defiende en SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. “A vueltas con el modelo constitucional de negociación colectiva: titularidad y contenidos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 85, 1997, p. 758-

El traslado de este planteamiento al ámbito público ha de partir del reconocimiento de la libertad sindical de los funcionarios en los artículos 28.1 CE y 103.3 CE. Dicho reconocimiento se efectúa remitiendo a la ley la regulación de las peculiaridades de su ejercicio. Por tanto, se trata de un mandato que el legislador del estatuto de los funcionarios públicos no puede eludir y que se refleja sobre un determinado objeto constituido por el ejercicio del derecho.

Lo que haya de entenderse por peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos no deja de ser una cuestión controvertida. La opinión mayoritaria es que la libertad sindical de los funcionarios se sitúa en un determinado esquema normativo en que se incluyen excepciones o límites para las fuerzas o institutos armados y peculiaridades para el resto de funcionarios. Dichas peculiaridades, al no tratarse de excepciones ni de límites, nada tienen que ver con amputaciones subjetivas u objetivas del derecho³⁵. Por tanto, la expresión peculiaridades no permite interpretaciones restrictivas sino solo las moduladoras que se consideren necesarias para adaptar el ejercicio del derecho a la configuración especial del empleo público, respetando siempre el contenido esencial de la libertad sindical en el que se incluye el derecho a la negociación colectiva³⁶.

Esta posición se matiza por algún autor admitiendo que particularizar un derecho significa configurar un régimen total o parcialmente diferenciado de ejercicio del mismo, en todo caso más limitado, pero sin que puedan constituirse en una negación del derecho mismo o en la fijación de condiciones que inutilicen la virtualidad de su ejercicio³⁷.

Otro sector doctrinal remite las peculiaridades del derecho de libertad sindical de los funcionarios al establecimiento de un régimen limitado de libertad sindical, atribuyendo a la expresión un carácter abierto, complejo y variado, que permita atender de forma adecuada a todos y cada uno de los condicionamientos que al ejercicio del derecho pueda imponer el

762; en la misma dirección: OJEDA AVILÉS, Antonio. Ámbito esencial de la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 278-279.

³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. “El derecho de sindicación de los funcionarios públicos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Nº 7, 1986, p. 182-183.

³⁶ LÓPEZ GANDÍA, Juan. “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista de Treball*. Nº 8, 1988, p. 13; GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*. Madrid: Consejo Económico y Social, 1994, p. 118 y ss.; ROQUETA BUJ, Remedios. La negociación colectiva en la función pública, *ob.cit.*, p. 42; VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 86 1997, p. 840-841.

³⁷ Manteniendo la existencia de una estrecha relación entre la libertad sindical y derecho de negociación colectiva, se llega a admitir que las particularidades puedan afectar al ámbito material de la negociación o a la recuperación del poder de decisión unilateral por la administración en caso de fracaso del proceso negociador, SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. A vueltas con el modelo constitucional, *ob.cit.*, p. 758-759.

régimen estatutario y los principios constitucionales que amparan la organización y la actividad administrativa³⁸.

La cuestión se plantea de forma diferente cuando se afirma que el establecimiento de peculiaridades en el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos supone el no reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los funcionarios³⁹. Se aceptaría así que el contenido esencial de la libertad sindical de los funcionarios públicos no integra necesariamente el derecho de negociación colectiva, aunque advirtiendo de que la libertad sindical garantiza en todo caso a los sindicatos un nivel específico de actividad para permitirles representar y defender los intereses colectivos de los funcionarios, ya que sería ilógico que la Constitución protegiera la formación de sindicatos en la función pública y que a la vez los redujera a la inacción negándoles el reconocimiento de un mínimo de efectividad⁴⁰.

A nuestro entender, el carácter limitado de los derechos fundamentales es una constante en la interpretación sistemática de las normas constitucionales, siempre que se parta de la base de que entre los distintos bienes jurídicamente protegidos existen condicionamientos mutuos, ya que todos ellos se encuentran relacionados entre sí y a su vez con la totalidad del texto constitucional. En cuanto a la posibilidad de que determinados bienes o valores de rango constitucional justifiquen la limitación de los derechos fundamentales hay que señalar que nuestra Constitución protege los derechos de los individuos pero también los intereses públicos y los bienes de la comunidad. En consecuencia, la cuestión reside en determinar esos posibles límites y los bienes o valores que pueden desplegar una virtualidad limitadora y cuál puede ser la intensidad de esa limitación⁴¹.

En la teoría de los derechos fundamentales hay que distinguir entre los límites internos, intrínsecos o inmanentes del derecho que no reducen su contenido sino que ayudan a construirlo

³⁸ GARCIA MURCIA, Joaquín, "Las peculiaridades de la libertad sindical en la función pública". *Revista Jurídica de Asturias*. Nº 16, 1993, p. 11; RUANO RODRÍGUEZ, Lucía. Constitución, función pública y empleo, *ob.cit.*, p. 35, plantea que el artículo 103 CE, en cuyo apartado tercero se reconoce el derecho de sindicación de los funcionarios y su sumisión a peculiaridades, forma parte de un precepto cuyo objeto definido en su primer apartado es sentar los principios constitucionales por los que se ha de regir la Administración pública, por tanto, el último apartado del precepto aparece conectado con el primero, con lo que necesariamente el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos ha de quedar condicionado por dichos principios, de forma que sólo aquellas regulaciones que los garanticen efectivamente serán coherentes con la regulación constitucional.

³⁹ BLASCO, Avelino. La negociación colectiva de los funcionarios, *ob.cit.*, p. 526.

⁴⁰ DEL REY GUANTER, SALVADOR. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1986, p. 122-124.

⁴¹ ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 155 y ss. Un conciso y cuidado resumen sobre el análisis de los límites de los derechos fundamentales, se puede encontrar en MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

y las restricciones del derecho ya conocido, esto es, una vez determinadas las facultades o posibilidades de actuación que lo integran. De hecho la función de los límites internos es la de identificar el objeto del derecho estableciendo con precisión el contenido protegido. En ocasiones el Tribunal Constitucional ha venido a tratar como límites ciertas restricciones al ejercicio de un derecho que encuentran justificación en la garantía de otros bienes constitucionalmente protegidos. En estos casos parece más correcto referirse a una operación de delimitación del derecho que opera en el marco de una serie de condicionantes indiscutibles capaces de afectar el contenido esencial del derecho⁴².

Entre estos condicionantes no son menores los que pueden producirse por la incorporación de un ciudadano a un determinado tipo de institución. Precisamente la jurisprudencia constitucional recaída en el ámbito de las relaciones laborales nos recuerda que la inserción en una organización modula los derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desarrollo de la actividad productiva⁴³. Parece que el contenido protegido de un derecho puede no ser el mismo cuando se ejercita en el ámbito de una estructura pública que cuando se proyecta en una relación entre privados, siendo este el criterio que permite la existencia de determinadas “limitaciones” para la negociación colectiva de los trabajadores laborales en el sector público⁴⁴. En estos casos parece conveniente operar con una noción más exacta del contenido del derecho sin pretender abrazar un concepto amplio que conduzca a un resultado diferente del interés garantizado por el mismo derecho de acuerdo con su particular significado en el entero sistema de derechos y bienes protegidos por la Constitución.

Además de las fronteras implícitas que puedan resultar de las operaciones de delimitación de los derechos, con relativa frecuencia la redacción de los preceptos constitucionales contiene límites expresos o cláusulas que habilitan al legislador para participar en la operación de delimitación. Entre estos límites hay que tener en cuenta los que traen causa del estatuto jurídico de determinados grupos de personas, producidos en el seno de una determinada institución

⁴² MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador, *ob.cit.*, p. 79 y ss.

⁴³ STC 99/1994, de 11 de abril.

⁴⁴ Limitaciones que en el ATC 858/1985, de 4 de diciembre, se asumen por entender que: “existen notables rasgos diferenciadores que impiden considerar a las Empresas privadas, y a la Administración Pública y Empresas públicas, en una situación de igualdad que reclame el mismo trato. Por tanto, la Administración Pública y Empresas públicas, no están sometidas exclusivamente al criterio económico del beneficio, por lo que la determinación de los salarios en su seno no ha de ajustarse necesariamente a iguales fundamentos que en la Empresa privada. En segundo lugar la dependencia de los Presupuestos del Estado, y en consecuencia de voluntades ajenas a los de los propios sujetos que las dirigen o trabajan en ellas, puede justificar una modulación del derecho a la negociación colectiva. Podríamos también decir que la pertenencia al sector público, aún bajo la fórmula del contrato de trabajo, garantiza a los trabajadores una situación jurídica laboral en orden a la estabilidad y seguridad que no es coincidente necesariamente con la existente en el sector privado. Estas y otras diferencias que podrían destacarse justifican la posibilidad de un régimen negocial y salarial diferente”.

configurada en función de la existencia de un interés público, es decir, los llamados límites de los derechos fundamentales por razón de sujeto⁴⁵.

La condición estatutaria del funcionario supone un conjunto de restricciones que implican un régimen distinto al que corresponde a los demás trabajadores en función de los fines típicos de la organización a la que sirve. Por tanto, el ejercicio de determinados derechos, que han de ser correctamente delimitados en su contenido, puede encontrarse más intensamente intervenido cuando sus titulares ostenten la condición de funcionarios públicos⁴⁶. Esta mayor intervención en el ámbito de sus derechos se explica desde la protección que se otorga a determinados principios que integran la base de la organización y el funcionamiento de los aparatos públicos. La previsión constitucional de que el ejercicio del derecho de sindicación por los funcionarios queda sometido a las peculiaridades que se establezcan en la ley que regule el estatuto de los funcionarios, a nuestro parecer avanza una verdadera “reserva de configuración legal” de naturaleza específica con la que se pretende restringir o modular las facultades contenidas en el derecho con unas capacidades que se han de entender diferentes a las típicamente limitadoras que ostenta el legislador en relación con otros derechos, digámoslo así, ordinarios⁴⁷.

Tratándose de una reserva de ley específica cuyo objeto no puede ser la natural facultad del legislador para limitar el derecho en función de la satisfacción de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, parece que su finalidad consistiría en desempeñar una función con sustantividad propia como puede ser la de señalar las vías concretas por las que el legislador debe avanzar necesariamente al regular los límites del derecho de que se trate. En este caso dichas vías deben obtenerse de la particular repetición del mandato de peculiarización contenido

⁴⁵ ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 162 y ss. Precisamente esa modulación o modificación del estándar ordinario de los derechos correspondientes al estatuto general de los ciudadanos es lo que ha definido tradicionalmente las relaciones de especial sujeción, tal como se advierte en CÁMARA VILLAR, Gregorio. “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, en APARICIO, MIGUEL ANGEL (Coordinador), *Derechos constitucionales y formas políticas*. Barcelona: CEDECS, 2001, p. 132.

⁴⁶ STC 81/1983, de 10 de octubre. La STC 141/1985, de 22 de octubre, advertirá que: “el derecho a la libertad sindical de los funcionarios de policía como el de los funcionarios públicos en general no presenta necesariamente la misma amplitud que el de los trabajadores en general, pues el art. 28.1 permite que la Ley regule las peculiaridades del ejercicio de este derecho”. La STC 143/1991, de 1 de julio, nos concretará más al decir “El ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones Públicas reconocido en la Constitución (art. 103.3) está sometido a ciertas peculiaridades, derivadas lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la función pública (art. 103.1 CE), y que no pueden ser objeto de subversión ni menoscabo”.

⁴⁷ Tomamos el concepto “reserva de configuración legal” de MEDINA GUERRERO, Manuel. La vinculación negativa del legislador, *ob.cit.*, p. 76. La STC 273/1994, de 17 de octubre, nos dirá que conviene: “recordar los términos en que el art. 28.1 CE, reconoce el derecho de sindicación, así como las diversas modulaciones que respecto de su régimen jurídico introduce, permitiendo un mayor o menor grado de intervención al legislador en la configuración legal del mismo”.

en el artículo 28.1 y 103.3 CE. Repetición que no resulta inútil o innecesaria ya que a nuestro entender, en el primer caso se utiliza para establecer la reserva de configuración, y en el segundo para referirla al estatuto de los funcionarios y para conectarla con los principios que constituyen la Administración como institución.

Dicho esto, conviene recordar que las normas sobre representación colectiva han de contemplar necesariamente al funcionario como servidor de la Administración pública, consistiendo su función en posibilitar la representación y defensa de sus intereses profesionales armonizando esa misma representación con la relación de servicio en la que se insertan, es decir, con el sistema estatutario.

En este sentido las normas sobre representación y acción colectiva de los empleados públicos forman parte del estatuto de los funcionarios y su integración se ha de producir respetando la naturaleza jurídica de la relación de empleo público y su particular estructura normativa⁴⁸.

Por lo demás, en el orden constitucional, la especificidad de la función pública se justifica por la particularidad del sujeto y la actividad administrativa que desarrolla. El servicio objetivo e imparcial de los intereses generales, la eficacia que ha de presidir la actividad y la organización administrativa o la jerarquía que se requiere para asegurar el buen funcionamiento del servicio, son principios objetivos que se presentan como límites al ejercicio de una libertad sindical que el legislador ha de ponderar para armonizar la práctica del derecho de libertad con la consecución del interés general⁴⁹. Por lo tanto, la libertad sindical de los funcionarios no presenta necesariamente la misma amplitud que la de los trabajadores en general, respondiendo las diferencias de tratamiento jurídico al hecho de tratarse de colectivos y situaciones específicas que justifican plenamente la diversidad de tratamiento legislativo.

La interpretación realizada ha de completarse ahora con una referencia expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Dicha interpretación ha de partir, como es lógico, del análisis de la STC 75/1982, de 27 de junio, pronunciamiento en el cual se afirma que nuestra Constitución no reconoce el derecho

⁴⁸ SSTC 165/1986, de 18 de diciembre; 102/1988, de 8 de junio; y 265/2000, de 13 de noviembre.

⁴⁹ SSTC 91/1983, de 7 de noviembre; 178/1989, de 2 de noviembre; y 234/1991, de 10 de diciembre. La STC 70/2000, de 13 de marzo, expone acertadamente esta línea de pensamiento al decirnos que “en el ámbito de las relaciones de empleo público, el reconocimiento del derecho a la libertad sindical se realiza con las peculiaridades derivadas de una organización como es la Administración Pública, que tiene a su cargo el cuidado del interés general, debiendo tenerse presente los fines que constitucionalmente inspiran la función pública y los principios que animan la organización de la Administración, peculiar empleador frente al que se ejercerá la actividad sindical.”

de los funcionarios públicos a la negociación colectiva, decisión que se apoya en los siguientes razonamientos:

a) La diversidad de trato que los funcionarios y los trabajadores reciben en nuestro texto constitucional que independiza su regulación por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas de conformidad con la distinción existente entre el régimen legal y reglamentario del personal estatutario y el del personal laboral en cuya determinación juegan un importante papel, junto a las leyes y los reglamentos, los convenios colectivos y los contratos individuales.

b) La noción misma de peculiaridades del derecho de sindicación que implican la regulación del derecho en términos que aseguren una básica igualdad en su ejercicio, pero que respeten, también, su integración en el régimen jurídico de las Administraciones y en el estatuto de sus funcionarios.

c) La falta de conexión necesaria entre el derecho de sindicación de los funcionarios públicos y el derecho de negociación colectiva, por no ser obligado que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como consecuencia necesaria la celebración de un convenio obligatorio, lo que permite al legislador la opción por un amplio espectro de medidas de muy distinto signo que resuelvan adecuadamente la participación de los representantes de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo, señalándose al efecto fórmulas tales como negociaciones informales, presentación de sugerencias o recomendaciones, consultas oficiales no vinculantes o participación en la negociación de acuerdos necesarios para la producción de efectos de su incorporación a una norma estatal o de la aprobación de una autoridad superior.

De este planteamiento puede deducirse como primera conclusión que el Tribunal Constitucional niega la conexión necesaria entre el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos y la negociación colectiva establecida al modo laboral⁵⁰.

⁵⁰ MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio. Alcance y efectos de la capacidad convencional, *ob.cit.*, p.455, entenderá que del elenco de soluciones planteadas por el Tribunal Constitucional para articular la participación de los funcionarios públicos en la determinación de sus condiciones de trabajo, la admisión de acuerdos negociados, aunque supone la aceptación de un procedimiento convencional, no puede identificarse con la naturaleza y características de la negociación colectiva en la esfera laboral; RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Criterios constitucionales sobre la negociación colectiva en la Administración Pública”, en CRUZ VILLALON, JESÚS (Coordinador). *Negociación colectiva en la Junta de Andalucía*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 1997, p. 20; dirá que la negociación colectiva funcional no tiene el alcance ni la naturaleza del convenio colectivo laboral; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. “Los derechos colectivos en el empleo público”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen II Madrid: Ministerio de Trabajo y

Pero como segunda conclusión también puede entenderse que el Tribunal Constitucional ha afirmado en el mismo pronunciamiento la necesidad de resolver adecuadamente la participación de las representaciones de los funcionarios en la fijación de sus condiciones de empleo, con lo que podría acabar deduciéndose la existencia de un nexo conceptual entre el derecho de sindicación y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, correspondiendo al legislador el establecimiento de las condiciones, medios y efectos a través de los cuales los sindicatos pueden hacer efectiva la defensa y promoción de los intereses funcionariales ante las Administraciones públicas.

Así, a juicio de una autorizada línea doctrinal, lo que parece excluir el Tribunal no es tanto la participación de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo, sino más exactamente el que ello haya de conllevar, como única solución, el celebrar un convenio colectivo con efectos vinculantes. Lo que significa que el legislador puede utilizar otras formas “peculiares” de participación, pero no que tenga a su discreción reconocer o no un margen de autonomía colectiva en el seno de la función pública.

A partir de ahí se concluye negando la trascendencia negativa de esta sentencia sobre el derecho de negociación colectiva de los funcionarios, advirtiendo que la misma, en última instancia, se limita a afirmar que en el régimen funcional la negociación no puede abordar todas las materias ni ha de adoptar la fórmula contractual del convenio colectivo “laboral”⁵¹.

Con posterioridad, el impacto producido por esta rotunda afirmación de nuestro Tribunal Constitucional sobre la falta de conexión entre la libertad sindical de los funcionarios y el derecho de negociación colectiva que aparece nítidamente contenida en la declaración citada, ha querido disminuirse indicándose las consideraciones siguientes: primera, que la decisión se refería a un conflicto de competencias y no a un recurso de amparo que se hubiese de pronunciar directamente sobre las peculiaridades de la libertad sindical de los funcionarios públicos; segunda, que la línea doctrinal sobre el contenido esencial de la libertad sindical y su conexión con la actividad negocial del sindicato está explayada en su mayor parte con posterioridad a la sentencia que comentamos, por lo que puede afirmarse que la tesis restrictiva sostenida por la

Seguridad Social, 2001, p. 20, concluirá que el tribunal Constitucional ha rechazado que la libertad sindical de los funcionarios públicos conduzca inexorablemente y como única solución a celebrar convenios colectivos con efectos vinculantes.

⁵¹ Esta es la tesis de ROQUETA BUJ, Remedios. La negociación colectiva en la función pública, *ob.cit.*, p.55-57; el planteamiento no está exento de una cierta dosis de ambigüedad, por un lado, se desprende de la libertad sindical de los funcionarios públicos el derecho a participar en la determinación de sus condiciones de empleo, por otro, se afirma que dicha participación no ha de llevar como única solución el celebrar un convenio con efectos vinculantes, para terminar afirmando el derecho a la negociación colectiva en el régimen funcional limitada en su ámbito material y abierta a otros modelos distintos del convenio colectivo laboral.

misma está superada por la jurisprudencia constitucional posterior; tercera, que los Convenios nº 151 y 154 de la OIT, que hubieran servido para interpretar el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos no habían sido ratificados por España, lo que les priva en aquel momento de los efectos previstos en los artículos 10.2 y 96 de la Constitución, por lo que el Tribunal Constitucional no los tiene en cuenta en la sentencia⁵².

Lo cierto es que dieciocho años más tarde, la STC 80/2000, de 27 de marzo, ha abordado directamente la cuestión planteada en razón de un recurso de amparo por vulneración del derecho a la negociación colectiva de un sindicato, resultando clara, en línea de principio, la conexión pretendida por la confederación sindical demandante con el derecho fundamental de libertad sindical, que es el ángulo constitucional desde el que debería abordarse la solución del conflicto.

En su análisis el Tribunal entiende que el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la ley vigente.

Sentada esta premisa, se procede a examinar si, dado el ámbito al que se refiere la negociación, existe el alegado derecho de negociación colectiva, afirmándose al respecto que por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva. Ahora bien, también se dice que, en la medida en que una ley establezca el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en dicho ámbito, tal derecho pasa a formar parte del contenido adicional de la libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de este, pero con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva, siendo en este plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical, advirtiendo también que la legislación vigente (concretamente la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990), no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento.

⁵² ROQUETA BUJ, Remedios. La negociación colectiva en la función pública, *ob.cit.*, p. 54-55.

Dicho pronunciamiento irá seguido por la STC 224/2000, de 2 de octubre, emitido también en un recurso de amparo promovido por un sindicato en defensa de su derecho a participar en un proceso de negociación como parte esencial de su acción representativa derivada de su derecho de libertad sindical, en la que se reiterará esta argumentación señalando específicamente que: “aun cuando el ejercicio del derecho de libertad sindical en el ámbito funcional admite constitucionalmente una modulación que atienda a las peculiaridades propias de aquél, y que del reconocimiento de su titularidad a los funcionarios no deriva como consecuencia necesaria el derecho a la negociación de este colectivo (STC 57/1982), ello no significa que, aun configurada legalmente aquella (Ley 9/1987 en su redacción vigente), no quede integrada en el contenido del derecho de libertad sindical. Y ello por más que en el plano de la legalidad se establezcan así las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y en el de la función pública, diferencias que no alcanzan a la referida comprensión de ambos en el art. 28.1 CE”⁵³.

La consideración de la negociación colectiva de los funcionarios públicos como un derecho esencialmente de disposición legal tiene una consecuencia más determinante en la STC 85/2001, donde se afirma que la ley que regula la negociación colectiva, no deja la configuración de la misma a la plena libertad de sus agentes sino que establece por sí misma, y para los efectos personales y jurídicos asignados, las instancias negociales, los ámbitos materiales y las líneas generales del procedimiento, de manera que los órganos en ella previstos articulan la negociación, todo ello sin perjuicio de la posible existencia de otras modalidades no contempladas legalmente y no formalizadas, y por ello en principio no obligatorias para las partes negociales. Por consiguiente, al sindicato no le asiste un derecho a disponer de un proceso

⁵³ GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón. “Una nueva aportación del tribunal Constitucional al concepto de antisindicalidad: la exclusión de la negociación colectiva a un sindicato que no desconvoca una huelga. Comentario a la STC 80/2000, de 27 de marzo”, *Revista de Derecho Social*. Nº 12, 2000, p. 142, señalará que las precisiones introducidas por este tipo de pronunciamientos confirman que las eventuales diferencias que el legislador pudiera introducir entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional habrían de respetar, en todo caso, “la genérica integración del referido derecho en el contenido de la libertad sindical”, sin que el posible establecimiento legal de diferencias en los parámetros configuradores de la negociación colectiva en ambos ámbitos puedan alcanzar tal nivel de peculiaridad distintiva que desvirtúe su analogía hasta el punto de imposibilitar una efectiva integración del referido derecho en el contenido de la libertad sindical. Un comentario de distinto matiz sobre la STC 224/2000, de 2 de octubre, puede encontrarse en DE VAL TENA, Ángel Luis. “Ejercicio del derecho de libertad sindical y derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 107, 2001, p. 791 y es donde se defiende que la referencia hecha en el párrafo del fundamento más arriba reproducido relativa a la comprensión en el artículo 28.1 CE de la negociación colectiva en el ámbito laboral y en el de la función pública, significaría la integración de la última en el contenido esencial de la libertad sindical, cuando a nuestro juicio lo que se admite por el Tribunal es, precisamente, que el reconocimiento legal del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos implica su integración en el contenido adicional de la libertad sindical.

negociador al margen de los procedimientos y cauces establecidos legalmente. Sencillamente el sindicato no puede obligar a la Administración a abrir un proceso al margen de la ley⁵⁴.

Confirmada de esta manera la primitiva posición de nuestro Tribunal Constitucional sobre la ausencia de reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos como parte integrante del contenido esencial de su libertad sindical⁵⁵, hay que referirse ahora al posible ajuste de esta interpretación al canon de constitucionalidad que a estos efectos representan los convenios internacionales existentes en este ámbito de conformidad con las previsiones del artículo 10.2 y 96.1 CE⁵⁶.

El artículo 7 del Convenio 151 OIT, de 27 de junio de 1978, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la administración, ratificado por España en 1984, establece en su artículo 7, que: “deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

Con independencia de su carácter claramente promocional, lo cierto es que el precepto citado en su sentido literal no impone la negociación colectiva de las condiciones de empleo, sino,

⁵⁴ En palabras de LAHERA FORTEZA, Jesús. La titularidad de los derechos colectivos, *ob.cit.*, p. 278-279, en la función pública la titularidad sindical no seleccionada no tendría acceso a una negociación colectiva de eficacia limitada, lo que, a juicio de este autor, resulta inconstitucional. La referencia hecha por la sentencia a “la posible existencia de modalidades no contempladas legalmente y no formalizadas y por ello en principio no obligatorias para las partes negociantes” (STC 85/2001, FJ 6^a), debe entenderse hecha a los diferentes cauces y instrumentos que pueden utilizarse en el amplio terreno de la concertación social. En contra MARTÍNEZ CAMPOS, María Nieves. *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2002, que entiende esta expresión como un reconocimiento explícito de la negociación colectiva irregular en la función pública, olvidando que el contenido substancial de esta decisión consiste en afirmar la negociación colectiva en la función pública como una creación legal que se garantiza y desarrolla en los términos establecidos por el legislador estatutario. Aún más, resulta imposible que en el sistema estatutario, caracterizado por la situación objetiva, general e impersonal del funcionario, se desarrolle un proceso negociador que desemboque en un convenio colectivo de eficacia limitada, es decir, de exclusiva aplicación a los afiliados firmantes del acuerdo. El principio de igualdad impediría la celebración de este tipo de acuerdos en el marco de una relación pública que no puede ser alterada singularmente por la administración en beneficio o perjuicio de un grupo de funcionarios. Igualmente, el principio de legalidad vedaría que la administración pudiera concertar en base a su propia autonomía acuerdos colectivos al margen del procedimiento legalmente previsto.

⁵⁵ De hecho, la STC 22/2005, de 12 de septiembre, nos dirá que el derecho a la negociación colectiva, es un contenido adicional del derecho fundamental a la libertad sindical en la función pública

⁵⁶ Sobre el concepto de parámetro, canon o medida de constitucionalidad a efectos de interpretación de los derechos fundamentales, CASTELLÁ ANDREU, Josep M^a. “El art. 10.2 de la constitución como canon de interpretación de los derechos fundamentales”, en APARICIO, MIGUEL ANGEL. *Derechos constitucionales y formas políticas*. Barcelona: CEDECS, 2001, p. 142. El alcance de la obligatoriedad y aplicabilidad de los convenios internacionales de trabajo en el orden interno se analiza detalladamente En ACOSTA ESTÉVEZ, José B. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho Español*. Barcelona: CEDECS, 1997, p. 211-213.

alternativamente, dicha negociación o cualquier otro método que permita a los representantes de los funcionarios públicos participar en la determinación de las mismas⁵⁷.

El Convenio 154 OIT, sobre el fomento de la negociación colectiva, ratificado por España en 1985, promueve la negociación colectiva en el sector privado y en la Administración pública, con la única salvedad de que en esta última, la legislación o la práctica nacionales pueden fijar las modalidades particulares de aplicación. De esta forma el Estado que lo ratifique ya no puede limitarse al método de consulta, sino que debe fomentar la negociación colectiva con el fin de fijar las condiciones de trabajo y empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores y regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores, o lograr todos estos fines a la vez. Sin embargo, en el Convenio 154 OIT no se encuentra elemento alguno que permita inferir que, en caso de que la negociación colectiva finalice en un acuerdo entre las partes, dicho acuerdo deba tener la forma y la naturaleza de un convenio colectivo. La intención de esta elusión es clara, con ella se evita que determinados Estados que estarían dispuestos a reconocer la negociación colectiva en la función pública, tengan que renunciar implícitamente al régimen estatutario, admitiéndose que en aquellos países en que, por ejemplo, las condiciones de empleo de los funcionarios públicos sean regidas por leyes o disposiciones especiales, las negociaciones relativas a la modificación de tales leyes o disposiciones especiales no necesiten concluir en acuerdos jurídicamente obligatorios, siempre y cuando los resultados de dichas negociaciones sean considerados de buena fe⁵⁸.

⁵⁷ Se ha defendido que una interpretación sistemática del Convenio permite concluir que la voluntad del mismo se centra en la exigencia de negociaciones en sentido estricto, OJEDA AVILÉS, Antonio. “La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio internacional núm. 151 OIT”. *Relaciones Laborales*, 1985-II, pero lo cierto es que los informes del Comité de Libertad Sindical de la OIT señalan que efectivamente el artículo 7 del Convenio 151 permite a los Estados escoger entre “procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo” y “cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”, subrayando que cuando la legislación nacional opta por los procedimientos de negociación como es el caso de España, corresponde al Estado velar porque dichos procedimientos se apliquen adecuadamente y a los órganos de control de la OIT supervisar dicha aplicación, tal como se puede ver en el 308º Informe del Comité de Libertad Sindical, caso núm. 1919 (España), Boletín Oficial de la OIT, vol. LXXX, 1997, serie B. núm. 3, p. 89-90.

⁵⁸ VON POTOBSKY, Geraldo. “La negociación colectiva en la administración pública central y descentralizada”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 40, 1989, p. 545; MACEDO DE BRITTO PEREIRA, Ricardo. *La negociación colectiva en la función pública. Una aproximación constitucional*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2004, p. 103-105. El artículo 4 del Convenio 98 OIT, sobre derecho de sindicación y negociación colectiva, cuyo ámbito de aplicación no incluye a los funcionarios públicos al servicio del Estado, señala que: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”. El artículo 7 del Convenio 151 OIT se limita a demandar la adopción de las: “medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y

En todo caso, la trascendencia del Convenio 151 OIT radica en el reconocimiento expreso del derecho de los funcionarios a participar en la determinación de sus condiciones de empleo y en la mención de la utilización de procedimientos de negociación como método específico y preferente de esa participación. En cambio, entendemos que del Convenio 154 OIT, puede desprenderse con facilidad la necesidad de un procedimiento de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos aunque sea a través de modalidades particulares que la hagan compatible con el sistema estatutario. Dicho de otra manera, el Convenio 154 OIT impone el procedimiento de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios aunque no implique forzosamente la adopción de convenios con efectos vinculantes.

A partir de aquí, si se quiere, se podrá atribuir falta de efecto directo a las normas de la OIT, por tratarse de normas programáticas orientadas a promocionar el establecimiento de procedimientos de negociación de acuerdo con las particulares condiciones nacionales, pero si coincidimos en que la Constitución asegura un mínimo de actividad a los sindicatos de funcionarios públicos compatible con la defensa de sus intereses y afirmamos que consecuentemente deben establecerse los medios adecuados para su aseguramiento, el hecho cierto es que el legislador nacional no puede eludir el contenido de las normas internacionales que se constituyen en instrumentos válidos para configurar el sentido y alcance de los derechos constitucionales, con lo que se reduce el margen de alternativas disponibles en su actividad configuradora al no ser admisible la reducción de la actividad sindical en la función pública a un mero trámite de información o consulta.

Por ello, si tenemos en cuenta las previsiones establecidas en los convenios y acuerdos de carácter internacional ratificados por España, puede afirmarse que el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos conlleva el establecimiento de procedimientos de negociación colectiva dirigidos a fijar las condiciones de trabajo y empleo de los funcionarios

utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”, mientras que el artículo 2 del Convenio 154 OIT, refiere la expresión “negociación colectiva” a la comprensión de: “todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra”. De la comparación entre los dos bloques de preceptos puede deducirse con facilidad que lo que se estimula y fomenta en el ámbito de las relaciones entre las organizaciones sindicales y la Administración pública es el desarrollo y la utilización de procedimientos de negociación colectiva para la fijación de las condiciones de trabajo y empleo, sin que se haga referencia alguna a cuál puede ser la naturaleza de su resultado; en cambio, nótese que las relaciones entre las organizaciones de empleadores y las de trabajadores se fundamentan exclusivamente en el desarrollo y uso de procedimientos de negociación afectados a un concreto fin: la reglamentación de las condiciones de empleo por medio de contratos colectivos.

públicos con independencia de cuáles sean las modalidades concretas a través de las cuales adquieran eficacia los productos de esta negociación, que en todo caso habrán de resultar compatibles con el régimen estatutario imperante en nuestra función pública, compatibilidad que deberá asegurar el legislador⁵⁹.

En consecuencia, parece que si se quiere interpretar el derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos contenido en el artículo 28.1 CE, de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España tal como previene el artículo 10.2 CE, la configuración legal de este derecho implicará como alternativa ineludible el fomento de la utilización de procedimientos de negociación para la determinación de las condiciones de empleo en la administración pública, correspondiendo al legislador delimitar las modalidades particulares del ejercicio de este proceso de negociación que lo hagan compatible con el régimen estatutario, lo que presupone que sin la intervención previa de dicho legislador resultaría muy difícil, por no decir imposible, el ejercicio del derecho⁶⁰.

En definitiva, el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos requiere una intervención del legislador que lo conforme en su contenido y lo haga efectivo en términos de compatibilidad con el régimen estatutario, lo que presupone que solo podrá ejercerse a través de las vías y con las consecuencias establecidas por dicho legislador. Pero, aún así, existe un núcleo anterior a la intervención del legislador que este debe respetar: el derecho del sindicato a participar en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a través de procedimientos de negociación. Este núcleo mínimo y su desarrollo deben considerarse tutelado con el mismo alcance y por los mismos mecanismos jurisdiccionales que pueden amparar a la libertad sindical en el ámbito privado⁶¹.

⁵⁹ La STS de 8 de noviembre de 2002, RJ/2002/10314, nos dirá que “la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce en su artículo 2.2 el derecho de las Organizaciones Sindicales a la negociación colectiva, sin distinciones o matizaciones respecto de los funcionarios públicos y su participación institucional y acción sindical en el artículo 6.1, lo que resulta también de aplicación en virtud de los Convenios Internacionales ratificados por España, en especial los Convenios núm. 151 y 154 de la OIT, que imponen la obligación de adopción de procedimientos que permitan la participación de los representantes de los funcionarios en la determinación de las condiciones de empleo y que la negociación colectiva sea aplicable a la Administración Pública”. En la misma dirección la STS de 23 de diciembre de 2002, RJ/2003/1428.

⁶⁰ Dichas modalidades particulares admiten varias posibilidades: a) armonizar un sistema contractual con un sistema estatutario; b) excluir ciertas materias de la negociación; c) centralizar los acuerdos que tengan repercusiones presupuestarias o que propugnen reformas legislativas del estatuto de los funcionarios; d) que el poder legislativo previa consulta de las autoridades con las organizaciones sindicales, fije las líneas maestras que guiarán cada ejercicio de negociación colectiva en los referente a las remuneraciones u otros asuntos de implicaciones financieras, GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre negociación colectiva”. *Revista Internacional del Trabajo*. Nº 119, 2000, p. 53.

⁶¹ Precisamente, en esta dirección alcanzan una indudable utilidad los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la genérica integración o comprensión del derecho a la negociación colectiva en el ámbito

Para terminar este apartado no estará de más advertir que poco o nada añade a estas consideraciones una posible introducción en este marco de referencia del artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), que reconoce el derecho de los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, a negociar y celebrar convenios colectivos, o del artículo 6 de la Carta Social Europea (CSE), que contempla la obligación de los Estados firmantes, miembros del Consejo de Europa, de promover cuando ello sea necesario y conveniente el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores de una parte, y organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de convenios colectivos.

De entrada, por la referencia hecha por los mismos textos a trabajadores y empresarios, y a organizaciones de trabajadores y organizaciones de empleadores, lo que plantea la duda sobre si el ámbito de comprensión de las expresiones mencionadas se refiere a no a los funcionarios y a las Administraciones públicas⁶². También, conviene recordar que dichos derechos se reconocen: “de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”, tal como afirma taxativamente el artículo 28 CDFUE⁶³. Es más, en el Instrumento de Ratificación de 29 de abril de 1980, de la CSE, se advierte que España interpretará y aplicará los artículo 5º –Derecho sindical- y 6º -Derecho de negociación colectiva, de manera que sus disposiciones sean compatibles con las de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 de la Constitución española, lo que lógicamente implica esa labor de integración a las que os venimos refiriendo entre el derecho de libertad sindical, los procedimientos de negociación y sus posibles efectos, y el estatuto de los funcionarios públicos, armonización que ha de resolverse en el seno del mismo estatuto⁶⁴.

laboral y en el ámbito de la función pública en el artículo 28.1 CE contenidos en las SSTC 80/2000, de 27 de marzo y 224/2000, de 2 de octubre.

⁶² A partir de aquí caben dos hipótesis interpretativas: la primera de ellas consiste en considerar que el artículo 28 CDFUE es aplicable a la negociación colectiva funcionarial; la segunda opción implica entender precisamente lo contrario, excluyendo a los funcionarios de dicho derecho pero advirtiendo que éste debe garantizarse de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y las prácticas nacionales, lo que nos devuelve, a nuestro parecer, a la tesis de la necesidad de su consideración y posterior conformación legal. Al respecto, MONEREO PÉREZ, José Luís; TOMAS JIMÉNEZ, Natalia. “Derecho a la negociación colectiva (implícito al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical)”. En MONEREO ATIENZA, Cristina; MONEREO PÉREZ, José Luís. *El sistema universal de los derechos humanos*. Granada: Comares, 2014, p. 942-945.

⁶³ De hecho, la STJUE de 15 de enero de 2014, C-176/12, nos ha recordado que, para que el artículo 27 CDFUE, relativo al derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa, produzca plenamente sus efectos: “debe ser precisado por las disposiciones del Derecho de la Unión o del Derecho nacional”.

⁶⁴ Una tarea para la que no parecen haber los atajos que se presuponen cuando se conecta el derecho de libertad sindical, la negociación colectiva pública como contenido esencial de dicho derecho y el carácter vinculante de los acuerdos colectivos en base al sistema de derechos fundamentales de la Unión Europea, vía artículo 28 CDFUE y

5. Libertad sindical, negociación colectiva y estatuto de los funcionarios

A nuestro juicio el contenido esencial de la libertad sindical en la función pública comprende el derecho del sindicato a actuar de forma efectiva en defensa de los intereses económicos y sociales que le son propios. Para ello resulta imprescindible la intervención del legislador en el establecimiento y configuración de un procedimiento de negociación que permita a los representantes sindicales de los funcionarios públicos participar en la determinación de sus condiciones de trabajo. Sentado lo anterior, la libertad sindical integraría el derecho del sindicato a acceder y a no ser excluido arbitrariamente del proceso de negociación siempre que se cumplan las condiciones de admisión y legitimación establecidas por la ley. Lógicamente, cuando la negociación hubiera producido un resultado, el derecho de libertad sindical trascendería el mismo proceso negociador y ampararía en una situación de normalidad el respeto a lo acordado que no podría ser desconocido por la voluntad de frustrar los efectos de la negociación.

En todo caso ese derecho no presupone un sistema de negociación determinado, sin que podamos identificar el procedimiento de negociación en el ámbito de la función pública con la naturaleza, significado, desarrollo y efectos que ese derecho tiene en el ámbito laboral. Precisamente, en la configuración del derecho de libertad sindical el legislador del estatuto de los funcionarios detenta un amplio poder de delimitación solo condicionado por la necesidad de reconocer como una de las facultades de acción del sindicato su derecho a participar en procedimientos de negociación para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, el derecho de negociación colectiva en la función pública, solo podrá ser ejercido en los términos ideados por el legislador, a quien se reconoce una amplia habilitación constitucional para condicionar el ejercicio de dicho derecho con arreglo a una pluralidad de posibilidades de ordenación y con el único límite de que las condiciones impuestas han de ser compatibles con el contenido nuclear de lo que pueda ser un proceso de negociación. Es más, en la tarea de delimitar el contenido mismo de ese derecho, el legislador tiene la obligación de fijar las modalidades o particularidades que hagan compatible el ejercicio de ese derecho con

artículo 6 CSE, tal como se hace en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La negociación colectiva en las Administraciones Públicas y su garantía en un modelo de justicia multinivel: “vuelos” y “caídas” de un derecho ¿de configuración legal?”. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo; CABERO MORÁN, Enrique (Coordinadores). *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares, 2017, p. 705-721.

el sistema estatutario y con los principios de organización y actividad propios de nuestras Administraciones públicas con relevancia constitucional.

En base a estas consideraciones podemos ya concluir que la introducción de peculiaridades en el ejercicio del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos supone la existencia de una reserva de configuración legal que permita el ejercicio del derecho de libertad sindical en el seno de una organización singular orientada al servicio con objetividad de los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía, en el marco de un régimen estatutario concebido como forma jurídica típica de prestación de servicios a las Administraciones públicas.

Este planteamiento exige prescindir de una interpretación aislada del término peculiaridades reducida al estricto marco del artículo 28.1 CE. Dicho precepto hay que situarlo también en el marco del artículo 103.3 CE, lo que ubica el ejercicio del derecho de libertad sindical en el espacio del estatuto de los funcionarios públicos.

A partir de ahí, hay que proceder a una contraposición en términos de compatibilidad y coordinación, entre los principios de la institución función pública y los derechos colectivos de los funcionarios, cuyo criterio primordial debería ser el mantenimiento del contenido de la libertad sindical como derecho de acción y la no desnaturalización del régimen estatutario propio de las Administraciones públicas.

Como ya hemos advertido, dicho contenido se constituiría primariamente por el derecho del sindicato a oponerse a todas aquellas conductas que pudieran negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio del derecho de negociación o su resultado. Lógicamente, ello presupone y asegura la existencia de un determinado procedimiento de negociación definido por el legislador pero no remite necesariamente a un tipo de negociación cuyo resultado sea un convenio colectivo dotado de fuerza vinculante. La afirmación de dicho contenido hace ineludible el reconocimiento del derecho del sindicato a participar en la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, pero siempre a través de los cauces e instrumentos establecidos por la ley, y con el alcance y los efectos por la ley queridos, ya que solo la ley permite la compatibilidad de dicha negociación con la lógica misma del sistema estatutario⁶⁵.

⁶⁵ En un giro insospechado la doctrina generada sobre la configuración legal del derecho a la negociación colectiva en la función pública se ha utilizado en las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, para una nueva comprensión del derecho a la negociación colectiva propio de los trabajadores del sector privado, como un derecho de configuración legal, sobre el que el legislador goza de un amplio margen de configuración sobre aspectos como pueden ser la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, obviando que la

6. El derecho a la negociación colectiva en la función pública

Se ha dicho que una de facultades esenciales del derecho a la negociación colectiva es la libertad de contratación o, si se prefiere, la libertad de estipulación, entendida como el derecho a seleccionar las materias objeto de negociación y dotar a éstas de un contenido sustancial⁶⁶. Los convenios colectivos pueden regular un amplio abanico de temas, dado que existe un principio general de libertad en cuanto al contenido de los mismos con fundamento en el artículo 37.1 CE, al que solo puede oponerse los límites materiales derivados de la propia Constitución y de la ley. Ese amplio reconocimiento de la libertad de determinación de los contenidos negociales se considera compatible con la existencia de exclusiones en las materias que se pueden abordar a través de un procedimiento de negociación colectiva. Así, por ejemplo, los convenios no pueden establecer reglas dirigidas a quienes no están incluidos en su ámbito de aplicación, es decir, que impliquen a terceros; no pueden normar materias procesales o administrativas y, en general, no pueden establecer reglas incompatibles con la Constitución y la ley⁶⁷.

En la función pública, la negociación colectiva resulta ser un derecho de configuración legal, ello quiere decir que su ejercicio solo puede llevarse a cabo en relación con las materias que previamente se hayan definido por el legislador como objeto de la negociación, en sus justos y estrictos términos, sin que pueda afirmarse un principio de libertad en la definición del ámbito de la negociación⁶⁸.

En todo caso, conviene tener en cuenta que el artículo 2 del Convenio 154 OIT, refiere el procedimiento de negociación a unas determinadas finalidades como pueden ser las de fijar las condiciones de empleo, regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, y regular las relaciones entre empleadores y organizaciones de trabajadores. Por lo tanto, el objeto material de la negociación en la Administración ha de ser la determinación de las condiciones de empleo y las relaciones de los funcionarios y sus organizaciones sindicales con los pertinentes órganos de gobierno de la respectiva organización.

especial conformación que sufre el derecho de negociación colectiva del sindicato en el seno del estatuto de los funcionarios proviene de la necesidad objetiva de conexión de dos sistemas de producción normativa de naturaleza distinta para la articulación de una particular institución.

⁶⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando. “El modelo español de negociación colectiva”, en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y GOERLICH, José M^a (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 54.

⁶⁷ CAMPS RUIZ, Luis M., “El contenido normativo de los convenios colectivos”, en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y GOERLICH, José M^a. *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 254-259.

⁶⁸ SSTC 80/2000, de 27 de marzo y 85/2001, de 26 de marzo.

Es más, a nuestro juicio resulta necesario y debido reconocer a la negociación colectiva en el sistema del estatuto de los funcionarios un determinado nivel de funcionalidad si se quiere garantizar el ejercicio del derecho de libertad sindical en su vertiente de acción colectiva, funcionalidad que no se puede conseguir si las normas existentes son tan abundantes, minuciosas y detalladas que invalidan o hacen ineficaz cualquier iniciativa negocial tendente a regular la situación personal del funcionario, convirtiendo los productos de la negociación en simples actos de aplicación de la legislación estatal con una incidencia residual o accesorio en la articulación del régimen estatutario.

En la misma dirección, la negociación colectiva en el sector público puede admitir como modalidad particular de aplicación la exclusión de ciertas materias del ámbito de la negociación, como pueden ser las cuestiones anudadas a regulación de los derechos de los ciudadanos, al ejercicio de las potestades de dirección de los órganos de gobierno o a decisiones esenciales que puedan condicionar la política económica o la estabilidad presupuestaria⁶⁹.

Sin embargo, pensamos que la facultad de excluir o limitar las facultades de estipulación derivadas de la libertad sindical no puede ser plena e incondicionada sino que debe encontrar su fundamento general en los principios constitucionales que rigen la organización y el funcionamiento de las Administraciones públicas sin perjuicio de otras restricciones que puedan surgir por consideración de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

De aquí la funcionalidad de la noción de servicio objetivo a los intereses generales y de los criterios de jerarquía y eficacia para justificar determinadas exclusiones del ámbito de la negociación funcional, todo ello sin olvidar la vigencia de determinadas excepciones comunes al ámbito público y privado, como pueden ser que las cuestiones que hayan de ser objeto de negociación se correspondan estrictamente con el ámbito laboral de la relación y no perjudiquen a terceros o el necesario respeto a los derechos fundamentales de titularidad individual, entre los que cobra identidad propia en la Administración pública el de igualdad y mérito en el acceso a las funciones públicas que no puede ser objeto de desconsideración o contradicción en sus contenidos a través de un acuerdo colectivo, o el de no discriminación a terceros en la provisión de bienes o servicios públicos por la introducción de preferencias a

⁶⁹ GERNIGON, Bernard; ODEREO, Alberto; GUIDO, Horacio. Principios de la OIT sobre la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 44 y 54.

favor de los empleados públicos que impliquen un criterio de diferenciación con respecto al resto de ciudadanos carente de justificación objetiva y razonable⁷⁰.

Cuestión distinta ha de ser la posición de los productos de la negociación en el sistema formal de fuentes propio del estatuto funcional. En esta dirección la STC 1/2003, de 16 de enero, se referirá a la reserva de ley que recubre la regulación del estatuto funcional que se considera tiene un alcance relativo, lo que no llega a impedir la colaboración de las normas reglamentarias “y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos)”.

De esta forma, casi diríamos incidental, el Tribunal Constitucional produce dos afirmaciones que hemos de considerar de gran trascendencia: los acuerdos colectivos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos son fuentes normativas integrantes del estatuto de los funcionarios públicos y se les considera con capacidad suficiente para desarrollar y complementar las determinaciones legislativas propias del estatuto funcional en régimen de alteridad con el reglamento ejecutivo⁷¹.

Por tanto, el acuerdo colectivo posee la naturaleza jurídica de una norma y puede actuar como una fuente secundaria del estatuto de los funcionarios públicos⁷². Pero ello, no quiere decir que

⁷⁰ La STC 143/1991, de 1 de julio, advertirá que “el ejercicio de la actividad sindical en el seno de las Administraciones públicas reconocida en la Constitución (art. 103.3) está sometida a ciertas peculiaridades, derivadas, lógicamente, de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir, por mandato constitucional, la acción de la Función Pública (art. 103.1 CE) y que no pueden ser objeto de subversión ni de menoscabo”; en la misma dirección la STC 70/2000, de 13 de marzo, señalará que “en el ámbito de las relaciones de empleo público, el reconocimiento del derecho de libertad sindical se realiza con las peculiaridades derivadas de una organización como es la Administración Pública, que tiene a su cargo el cuidado del interés general, debiendo tenerse presente los fines que constitucionalmente inspiran la función pública y los principios que animan la organización de la Administración, peculiar empleador frente al que se ejercerá la actividad sindical”. El ATC 520/1987, de 6 de mayo, rechazará la pretensión de un sindicato de abrir un proceso de amparo por desconocimiento del ámbito de la actividad sindical centrado en la creación de plazas en la administración pública, por entender que dicha pretensión negociadora desborda el ámbito estrictamente laboral y atañe al derecho fundamental de los ciudadanos a acceder a la función pública en condiciones de igualdad. La STC 90/1995, de 9 de junio, conocerá de la preferencia otorgada a los funcionarios en materia de arrendamiento urbanos, entendiendo que la misma crea una discriminación entre ciudadanos basada exclusivamente en la condición o circunstancia personal de ser uno de ellos funcionario público.

⁷¹ NIETO GARRIDO, Eva, “Una noción más estricta del concepto formal de bases en materia de función pública, la reserva de la ley y los convenios colectivos y la cláusula de prevalencia del derecho estatal”, *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 120, 2003, la autora afirmará que este pronunciamiento permite la admisión de otro tipo de fuentes normativas, además del reglamento ejecutivo, como complemento de la Ley en aquellas otras materias sobre las que exista igualmente una reserva constitucional de ley. Se ha dicho que en una posible situación de concurrencia entre instrumentos colectivos y reglamentos respecto a materias negociables, las normas colectivas se sitúan en una posición reforzada, resultando implícito que no pueden ser modificadas por otras normas que no sean adoptadas de acuerdo con el mismo procedimiento convencional, OJEDA AVILÉS, Antonio. “La negociación colectiva en el sector público”. En CASTILLO BLANCO, Federico A. (Coordinador). *Situación actual y tendencias de la función pública española*. Granada: Comares, 1998, p. 542.

⁷² Tal como se dice en la STS de 23 de enero de 1998, RJ/1998/1007, las normas reguladoras de la relación estatutaria se establecen directamente a través de la potestad reglamentaria o a través de los instrumentos de negociación regulados por la Ley.

dicho instrumento convencional no cumpla o pueda cumplir una pluralidad de funciones en el seno del estatuto de los funcionarios públicos. La legislación vigente le reconoce capacidad para determinar la iniciativa legislativa del gobierno e igualmente admite que pueda llegar a abordar las decisiones o resoluciones de los órganos administrativos que tengan alcance general. De hecho, los instrumentos colectivos propios del derecho de negociación en la función pública van a poder acometer las diferentes tareas que una negociación diversificada puede acabar demandando de un instrumento cuya utilización, en cualquier caso, habrá de estar previamente determinada y acotada por la ley configuradora del derecho de negociación.

Finalmente, no estará de más afirmar que el acuerdo colectivo resulta ser una norma del Estatuto de los funcionarios públicos sujeta al principio de jerarquía normativa, lo que impide que sus cláusulas prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, ya que es el acuerdo el que debe respetar y someterse a la ley y, en general, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, considerándose constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda producir efectos hasta la finalización de la vigencia de una norma colectiva⁷³.

Es más, en determinadas circunstancias excepcionales la defensa del interés general por parte de los órganos de gobierno de las Administraciones puede comportar la adopción de medidas concretas y singulares de suspensión o modificación del cumplimiento de pactos y acuerdos que no cuestionan el derecho de negociación en cuanto no regulan el régimen general de dicho derecho ni afectan a la llamada intangibilidad del acuerdo colectivo que por sí misma no se configura como un elemento esencial del derecho de negociación⁷⁴.

Al respecto, no estará de más distinguir entre fuerza vinculante e intangibilidad de la norma colectiva. De hecho el pasaje constitucional del artículo 37.1 CE en el que se aludía a la “fuerza vinculante” de los convenios quería dar a entender que el convenio colectivo producía no solo los efectos propios de los contratos, sino también, y sobre todo, la eficacia típica de una norma respecto de los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación⁷⁵. De esta manera la fuerza vinculante del convenio se proyectaba sobre el contrato de trabajo con un doble efecto, de un lado, el efecto automático en virtud del cual las reglas establecidas en el convenio colectivo se imponen directa e inmediatamente sobre las relaciones individuales incluidas en

⁷³ AATC 33/2005, de 31 de enero; 34/2005, de 31 de enero; y 35/2005, de 31 de enero.

⁷⁴ AATC 85/2011, de 7 de julio; y 8/2012, de 13 de enero.

⁷⁵ GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 68, 2007, p. 36.

su ámbito de aplicación; de otro, el efecto imperativo a tenor del cual quedan vedadas las derogaciones del convenio mediante pactos individuales⁷⁶. Precisamente, ese doble efecto se garantiza en el sistema de función pública a través de un estatuto de carácter objetivo y general que se aplica a todos los miembros de un grupo de funcionarios y que no admiten derogaciones singulares en más o en menos.

En todo caso, conviene distinguir la fuerza vinculante de la intangibilidad de un convenio que atiende al mantenimiento de un pacto o acuerdo durante su período de vigencia y que se encuentra expuesta a riesgos de quiebra por la intervención de normas superiores o por la presión de determinadas circunstancias que imponen la adaptación o ajuste de la norma colectiva al interés público⁷⁷.

7. A modo de recapitulación

La Constitución ha optado por el sistema estatutario como régimen general de prestación de servicios a las Administraciones que se considera compatible con la libertad sindical de los funcionarios que al mismo tiempo reconoce. Por lo tanto, en la función pública existe un problema de compatibilidad entre un estatuto de derecho público que ha de regular los deberes y derechos de los trabajadores públicos y la sindicación de los funcionarios, problema que ha de resolverse en términos de complementariedad y no contradicción.

Lo que caracteriza el modelo estatutario de prestación de servicios es su carácter instrumental con respecto a las finalidades institucionales de las Administraciones y su naturaleza protectora para asegurar la imparcialidad y la profesionalidad del funcionario en el ejercicio de sus funciones frente a las posibles intromisiones del poder político. Con estos propósitos el régimen estatutario dispone para los funcionarios una situación objetiva, general, establecida por la ley

⁷⁶ Dicho de otra manera, la doctrina de la fuerza vinculante del convenio se proyecta sobre el orden de relaciones existentes entre la negociación colectiva y la autonomía individual, tal como se afirma en VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional”. *Revista de Derechos Fundamentales*. Nº 5, 2011, p. 135-138; al respecto, MARRERO SÁNCHEZ, Estela María. “El derecho constitucional de negociación colectiva”. *Revista de Derecho Social*. Nº 59, 2012, p. 176.

⁷⁷ GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Fuerza vinculante e intangibilidad del convenio colectivo: a propósito del Auto TC 85/2011”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 157, 2013, p. 289-293. Para un comentario de esta opción que se acepta con un carácter limitado y excepcional referido al convenio colectivo del personal laboral al servicio de la Administración nos remitimos a CRUZ VILLALÓN, Jesús. “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. *Temas Laborales*. Nº 117, 2012, p. 51-55. En la misma dirección, FERRADANS CARAMÉS, Carmen. “El descuelgue en los convenios colectivos de las Administraciones públicas”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 173, 2015, p. 119-137. Cuestionando estas posibilidades desde una prisma estricto de su posible inconstitucionalidad, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Granada: Comares, 2016, p. 189-224.

y el reglamento, modificable en cada momento en interés del servicio y protectora del grupo profesional.

El estatuto, como cuerpo de reglas jurídicas de carácter general, define la situación objetiva del funcionario que se opone a la situación subjetiva propia del contrato individual de trabajo que se considera contrario al principio de adaptación del servicio público y un posible vehículo introductor de desigualdades entre personas que pertenecen a las mismas estructuras profesionales.

En cambio, en los orígenes del estatuto y del convenio colectivo no parece existir una incompatibilidad esencial entre la regulación de la condición funcionarial por el estatuto o por el convenio colectivo que la doctrina clásica llega a entender como una fórmula estatutaria de un grupo institucional. Por esa razón se admite desde el primer momento una posible participación de las asociaciones profesionales de los funcionarios en la definición de las reglas de estatuto que, de esta forma, resultaría unilateral en la forma pero no en el contenido. De hecho el razonamiento es simple: el estatuto se opone al contrato individual, pero no a la participación del sindicato en la definición del contenido de la norma estatutaria, que seguirá siendo objetiva y general.

En nuestra Constitución, el régimen estatutario constituye un modo de ordenación de una relación de servicios que se considera instrumental respecto a las exigencias de organización y funcionamiento de nuestras Administraciones públicas. La definición del contenido estatutario queda reservada a la ley que en todo caso habrá de regular el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

No hay en la Constitución un derecho de negociación colectiva de los funcionarios. El tipo de negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y los empresarios que se establece en el artículo 37.1 CE, comprende el derecho a la negociación colectiva como proceso convencional y la eficacia jurídica directa del producto resultante de ese mismo proceso negocial sobre el contrato individual de trabajo. En este esquema, el convenio colectivo presupone al contrato de trabajo sobre el que proyecta su eficacia directa y fuerza vinculante. Este modelo de negociación resulta difícilmente asimilable para unas Administraciones que carecen de autonomía para determinarse y establecerse como contraparte de la representación de los trabajadores integrando un poder normativo de origen social o para un sistema estatutario

que excluye por naturaleza la consideración del convenio colectivo como un contrato privado con efectos vinculantes que encuentra su ámbito natural de desarrollo y aplicación en el sistema del contrato de trabajo.

La libertad sindical en nuestro sistema constitucional incluye el derecho de negociación colectiva, el de huelga y el de adopción de medidas de conflicto colectivo. El ámbito del derecho de negociación colectiva contenido en la libertad sindical no integra todas las facultades que corresponden al sindicato en la negociación. Lo que sin duda incorpora es el poder de adoptar las conductas instrumentales tendentes a la obtención de un acuerdo, con lo que negar, obstaculizar o desvirtuar el ejercicio del derecho de negociación por los sindicatos de un modo arbitrario y carente de justificación es lo que puede entenderse como una práctica contraria al derecho de negociación y una violación de la libertad sindical contenida en el artículo 28.1 CE. Por tanto, deberíamos afirmar que el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva amparado por la libertad sindical consiste en el derecho a negociar, pero no en el derecho a obtener un resultado. Sin embargo, el ejercicio del derecho a negociar, comprende también la imposibilidad de desconocer lo pactado con la voluntad de frustrar los efectos de la negociación.

La libertad sindical de los funcionarios públicos se reconoce en los artículos 28.1 y 103.3 CE, como un derecho sujeto a peculiaridades. La remisión al legislador del estatuto de la capacidad para introducir peculiaridades en el derecho de libertad sindical de los funcionarios supone una reserva de configuración legal para participar en la delimitación del ejercicio de este derecho en el seno de las Administraciones públicas.

Esta reserva de configuración legal hay que referirla directamente al estatuto de los funcionarios públicos y a la función de armonizar el ejercicio del derecho de libertad sindical con los principios constitucionales que han de presidir la organización y el funcionamiento de nuestras Administraciones públicas, previstos en el artículo 103.1 CE.

La interpretación de la relación existente entre el derecho de libertad sindical y el derecho de negociación colectiva realizada hasta el momento por nuestro Tribunal Constitucional permite afirmar que la libertad sindical de los funcionarios públicos no comprende como contenido esencial el derecho de negociación colectiva de los funcionarios con efectos vinculantes, pero sí parece admitir un derecho de los sindicatos de funcionarios a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de formas “peculiares” de determinación legal. Es más, a tenor de lo afirmado por el intérprete constitucional, en la medida en que la ley que regula el estatuto establezca el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva, tal derecho se integra

como contenido adicional de la libertad sindical, con la configuración que le da la ley reguladora que puede establecer por sí misma los órganos de negociación, el objeto de esta, las líneas generales del procedimiento y sus efectos jurídicos.

Sin embargo, la interpretación de esta doctrina, a la luz de las previsiones de los artículos 10.2 y 96.1 CE, de acuerdo con el Convenio 151 y 154 OIT, permitiría aseverar que el derecho de libertad sindical de los funcionarios integra en su contenido esencial el derecho a participar en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de procedimientos de negociación. En todo caso, dicho derecho de negociación requiere siempre una intervención configuradora del legislador que lo conforme en su contenido y lo haga efectivo a través de unas modalidades particulares de ejercicio que regulen sus órganos, objeto, procedimiento y efectos, con la finalidad última de integrarlo en el régimen estatutario y hacerlo compatible con los principios constitucionales de organización y funcionamiento propios de las Administraciones públicas.

La configuración legal del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos supone que su ejercicio solo puede llevarse a cabo en relación con el ámbito material establecido previamente por el legislador. El objeto material de la negociación ha de versar sobre la determinación de las condiciones de empleo en la función pública y sobre las relaciones de los funcionarios y sus organizaciones sindicales con la Administración pública, debiendo garantizarse un nivel de efectividad de lo negociado que asegure la actividad del sindicato. Pero la negociación colectiva en el sector público no tiene por qué tener la misma amplitud que en el sector privado, aceptándose el condicionamiento expreso de determinadas materias o su exclusión del ámbito de la negociación siempre que dicha excepción encuentre su fundamento en la particular posición constitucional de las Administraciones públicas o en su actividad de servicio al interés general.

Por lo que hace a la particular posición de los productos de la negociación en el sistema formal de fuentes, se considera a los acuerdos colectivos derivados de la negociación como verdaderos instrumentos ordenadores del estatuto de los funcionarios con capacidad suficiente para desarrollar y complementar las leyes propias de dicho estatuto en régimen de alteridad con el reglamento ejecutivo. Por lo tanto, el acuerdo colectivo posee la naturaleza jurídica de una norma y puede actuar como fuente secundaria del estatuto de los funcionarios, sin que ello quiera decir que los instrumentos convencionales fruto de la negociación colectiva no puedan desarrollar otras funciones de naturaleza más política o gestora.

En cualquier caso, el acuerdo colectivo como norma del estatuto de los funcionarios se subordina a la ley y a la superior presión de los intereses públicos. Ello quiere decir que la vigencia de un acuerdo no puede oponerse a la efectividad de los preceptos contenidos en normas de mayor rango jerárquico. También supone que en determinadas circunstancias concretas y excepcionales los órganos de gobierno de las Administraciones públicas pueden adoptar medidas de suspensión o modificación de las cláusulas convencionales sin que ello suponga una lesión del contenido de derecho de negociación, que ha de darse siempre en el marco querido por la ley y que no puede actuar como una barrera absoluta a la actividad de los poderes públicos en la persecución del interés general.

PARTE SEGUNDA

**LOS CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN:
LEY, COMPETENCIA Y ÁMBITO**

1. Planteamiento

Las materias que han de ser objeto de negociación se establecen en el artículo 37 EBEP 2015 en base a una serie de criterios y a un sistema de listas. Los criterios generales para el establecimiento del campo negocial son los de alcance legal, competencia y ámbito. El sistema de listas refiere a un conjunto de materias que deben ser objeto de negociación y a una serie de materias que quedan excluidas del deber de negociar. El modelo es, pues, de doble condicionamiento: deberán ser objeto de negociación aquellas materias incluidas en la lista de las negociables, pero dicha negociación se dará con el alcance que legalmente proceda en cada caso, en el marco de las competencias propias de cada una de nuestras Administraciones públicas y en el ámbito específico correspondiente.

De esta manera el EBEP se comporta como una verdadera norma sobre producción jurídica en la medida en que al delimitar las condiciones de ejercicio del derecho a la negociación colectiva en la función pública, señala también las condiciones de creación de un específico tipo de fuente reglamentaria, que denominaremos acuerdo colectivo, con capacidad para la producción de reglas en un concreto y delimitado ámbito del estatuto de una función pública.

Si los criterios generales de determinación son los de alcance legal, competencia y ámbito, en un primer momento se impone analizar las relaciones de condicionamiento que puedan establecerse entre las leyes y los acuerdos colectivos, en un segundo momento deberemos concretar la competencia local en materia de función pública y, finalmente, procuraremos establecer los ámbitos posibles de la negociación en nuestras entidades locales, en el bien entendido de que el concepto de ámbito remite a la concreción del nivel y la unidad de negociación más apropiada para el tratamiento de una determinada materia pero también al espacio personal, funcional, territorial y temporal sobre el que pueda proyectarse un acuerdo o pacto colectivo.

Más adelante se podría concretar el contenido posible de la negociación de esta manera delimitada en base a un análisis detallado, o bien de las materias que han de ser objeto de negociación, o bien de las que han de quedar excluidas de la misma.

Como paso previo a cualquiera de estas dos posibles perspectivas convendría analizar la naturaleza misma del sistema de doble lista, es decir, su posible carácter dispositivo o no, ya que la formulación legal de las materias excluidas en los términos de: “Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación”, que aparecen formulados en el artículo 37.2 EBEP 2015, parece sugerir que aunque las diferentes Administraciones no están obligadas a tratar dichos

ámbitos materiales u otros sobre los que no recae de forma expresa el deber de negociar, nada les impediría hacerlo en función de una pretendida discrecionalidad para abrir y mantener negociaciones con las representaciones sindicales, aun cuando ello suponga que la Administración como titular del poder de regulación es inducida por un simple equilibrio de posiciones y fuerzas correlativas a ejercerlo sobre la base del consenso convencional.

2. El alcance legal de la negociación colectiva de los funcionarios

La negociación colectiva de los funcionarios públicos es un derecho de configuración legal. El ejercicio del derecho a la negociación en la función pública se ha de ajustar estrictamente a la disciplina determinada por un legislador capaz de configurar intensamente los órganos, el procedimiento, las materias y los efectos de la negociación. Como nos recuerda el artículo 33 EBEP 2015, la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos está sujeta al principio de legalidad. Dicha vinculación presupone que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva deberá respetar en todo caso el contenido del EBEP y de las leyes reguladoras de la función pública de las diferentes Administraciones (artículo 31.7 EBEP 2015), en el bien entendido de que el objeto de la negociación tendrá el alcance que legalmente proceda en cada caso (artículo 37.1 EBEP 2015)⁷⁸.

Las expresiones de estos dos preceptos nos parecen de un extraordinario interés. El artículo 31.7 EBEP 2015 prescribe el respeto al contenido del estatuto determinado por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas. Dicho de otra manera, la negociación colectiva de los funcionarios ha de respetar el contenido de su estatuto legal, es decir, no ha de contrariar sus preceptos de carácter imperativo, pero dentro del respeto a las leyes los acuerdos colectivos podrán regular las condiciones de trabajo siempre que no lleguen a transgredir el campo de juego que la ley les señale, es decir, siempre que no conculquen las leyes. De esta manera se afirma la primacía y superioridad jerárquica de la ley sobre un acuerdo colectivo que “en todo caso” ha de observar el contenido establecido por las normas estatutarias.

De lo expuesto se deduce que el contenido de los acuerdos colectivos, producto del derecho a la negociación de los funcionarios públicos, deberá observar el espacio reservado a la ley para la determinación del estatuto de los funcionarios y el espacio ocupado por la ley en la

⁷⁸ No estará de más subrayar desde un primer momento la similitud de estos preceptos con el artículo 85 ET que condiciona el contenido de los convenios colectivos al “respeto a las leyes”. Correlativamente, el artículo 90.5 ET condiciona la validez del convenio colectivo a la no conculcación de la legalidad vigente.

determinación de dicho estatuto. Reserva de ley y superioridad jerárquica de la ley existente se imponen en sus contenidos a la determinación negociada de las condiciones de trabajo de los funcionarios, pero nada más.

A nuestro parecer, el acuerdo colectivo asegura el cumplimiento del principio de legalidad con la no contradicción de la ley existente y la no intervención en el espacio material a la ley reservado, es decir, con el respeto al principio de jerarquía normativa y su formulación con el alcance que la ley le permite fundamentado en el hecho objetivo de su no contradicción. Por tanto, en este marco parece lógico analizar la capacidad del acuerdo para complementar y desarrollar, incluso de forma innovadora, las leyes de función pública.

Pero no se trata solo de observar la reserva de ley o de respetar el ámbito que la ley ha de regular, cuando la ley existe resulta esencial tener en cuenta el carácter que adoptan sus los preceptos. Las leyes que determinen el estatuto de los funcionarios pueden configurarse y atribuirse determinados rasgos y caracteres en relación con los acuerdos colectivos. Dichas leyes podrán imponerse a los mismos como normas completas que hay que respetar y aplicar, como normas necesitadas o susceptibles de complemento que el acuerdo ha de proporcionar o desarrollar o, finalmente, como normas mínimas que en la configuración del estatuto funcional se plantean a sí mismas con la vocación de ser superadas por las normas colectivas. Precisamente, el principio de norma mínima como técnica de regulación aplicable también al estatuto de los funcionarios deberá ser objeto de una especial atención en el marco de las posibles relaciones que puedan establecerse entre la ley y el acuerdo colectivo. Unas conexiones que no tienen por qué seguir exactamente el modelo único establecido para las relaciones entre la ley y el reglamento ejecutivo, ya que dicho acuerdo, aun siendo una específica expresión de la potestad reglamentaria, resulta sometido a una intensa participación del sindicato y, en cuanto tal, resulta ser expresión propia de su autonomía para intervenir en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

De esta manera a una legitimación intrínseca, fundada sobre la legitimación democrática del órgano del gobierno titular de la potestad normativa, se acumula una legitimación procedimental, obtenida por el modo de elaboración de un tipo particular de norma que se proyecta, no lo olvidemos, en un sistema concreto de relaciones laborales, con un alcance limitado a la producción de efectos sobre destinatarios previamente establecidos a través de la determinación de un ámbito.

En este aspecto una pieza esencial de nuestro trabajo deberá consistir en analizar hasta qué punto pueden trasladarse al derecho del empleo público los principios generales que regulan la interpretación y aplicación de las leyes laborales, cuestión que nos parece prioritaria en un momento en que la existencia de un Estatuto del Empleado Público podría producir un situación potencial de posible reforzamiento de la negociación colectiva que contempla expresamente y, por tanto, de la norma negociada, en detrimento del espacio reconocido a la norma de producción unilateral cuyo repliegue regulador puede acabar decidiendo en función de la transformación de sus normas de carácter imperativo.

Por último, interesa dejar constancia de las posibles relaciones entre el reglamento ejecutivo y el acuerdo colectivo, territorio abonado para el cruce de una serie de relaciones internormativas, ya que a primera vista el campo del reglamento ejecutivo y del acuerdo colectivo parece diferenciarse por el diafragma que separa las materias que han de ser objeto de negociación y las materias excluidas de ella, pero también puede pensarse que nada impide que la ley pueda señalar específicamente un tipo de fuente subordinada con preferencia a otra para su desarrollo o integración, y tampoco, nada en nuestra legislación parece obstaculizar la producción de reglamentos complejos que lleguen a integrar en un mismo texto normativo materias que hayan sido objeto de negociación y materias que se hayan determinado unilateralmente por pertenecer al ámbito de las excluidas.

3. La reserva de ley en materia de función pública

3.1. Reserva de ley y remisión normativa

La reserva de ley presupone una materia o determinados objetos dentro de una materia que están reservados por su regulación a la ley. En todo caso la materia o el objeto reservado queda sustraído a todas las normas distintas de la ley y, en particular, al reglamento o al menos al reglamento autónomo⁷⁹.

Con el concepto de reserva de ley se comprenden las regulaciones que conciernen materialmente al Parlamento y que deben ser definidas necesariamente bajo la forma de la ley. El efecto de la reserva presupone que la potestad legislativa resulta irrenunciable en la materia reservada, por tanto, no puede degradarse mediante una deslegalización que conduciría, por

⁷⁹ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1989, p. 151; VILLACORTA MANCERO, Luís. *Reserva de ley y Constitución*. Madrid: Dykinson, 1994, p. 32.

abdicación de la propia ley, al mismo resultado que si la reserva no existiese, es decir, a la regulación de la materia o de su objeto por normas infralegales⁸⁰.

En las materias reservadas a la ley es el legislador mismo quien debe establecer una regulación, estándole vedado dictar leyes en blanco, leyes de remisión o leyes genéricas o imprecisas que toleren una amplia discrecionalidad en su aplicación o supongan una ambigua atribución de capacidades normativas no especificadas. En todo caso, la consecuencia última de la reserva es que lo esencial de la regulación de una institución u objeto material ha de quedar reservado a la ley que debe asumir un contenido substancial y una determinada densidad regulativa.

El fundamento último de la reserva de ley no puede ser otro que asegurar que la regulación de ciertas materias se haga mediante el procedimiento legislativo. La reserva de ley es hoy una institución al servicio del principio democrático. La existencia de la reserva de ley demanda que determinadas materias de una especial relevancia se las someta a discusión pública parlamentaria, garantizando el pluralismo democrático al dar a la oposición la posibilidad de exponer sus puntos de vista y movilizar a la opinión pública en un proceso que se asienta sobre la publicidad, la contradicción y el debate⁸¹. A través del procedimiento legislativo se evitan verdaderas fugas de responsabilidad política, como las que se producen cuando la mayoría parlamentaria, por consideraciones de orden táctico, remite a los órganos de gobierno las decisiones políticas más significativas para sustraerlas al debate abierto que se desarrolla en el seno de los órganos electivos⁸².

Precisamente, el fundamento constitucional de la reserva de ley en la peculiaridad del método legislativo debe tenerse bien presente cuando la ley difiere la asunción de determinadas regulaciones a normas secundarias producidas a través de un proceso de elaboración fundamentado en el pluralismo político o en una intensa participación popular.

El vínculo de contenido y la densidad regulativa que la reserva de ley impone al órgano legislativo no impide en la materia reservada la remisión al reglamento o a otro tipo de fuentes normativas como pueden ser los acuerdos colectivos⁸³. El objeto de la reserva de ley no es una

⁸⁰ DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional, *ob.cit.*, p. 152.

⁸¹ DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional, *ob.cit.*, p. 153.

⁸² SCACCIA, Gino. "Appunti sulla riserva di legge nell'esperienza costituzionale tedesca". *Diritto Pubblico*. 2001, I, p. 262.

⁸³ D'AURIA, Gaetano. "Controlli amministrativi e lavoro privato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni". En BATTINI, Stefano e CASSESE, Sabino. *Dall'impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 66, donde se comenta la Sentencia de la Corte Constitucional italiana de 18 de octubre de 1996, n. 344, para concluir que la reserva de ley por sí misma no impide que determinadas materias objeto de reserva, se remitan no solo a las fuentes estatales subprimarias, sino a la negociación colectiva,

materia sino su disciplina normativa. El hecho de que en una materia exista una reserva de ley no significa que esta afecte a todas las normas que incidan sobre ella. Por consiguiente, resulta obligado determinar qué parte del tratamiento está sujeto a la reserva, ya que el resto será el que quede abierto al reglamento en base a las autorizaciones generales de potestad reglamentaria atribuidas a los órganos de gobierno de las diferentes Administraciones públicas. Deberá identificarse caso por caso el alcance efectivo de la reserva mediante un análisis de la función que esta puede cumplir y de las peculiaridades propias de su objeto⁸⁴.

De hecho en nuestra Constitución no hay una concepción global de la reserva de ley sino “reservas de ley”, por tanto la delimitación en cada caso del ámbito material de la reserva es decisiva. La diversidad de las reservas se traduce correlativamente en una diversidad de habilitaciones legislativas para la participación de los reglamentos. La existencia de una reserva de ley no supone que en las materias reservadas se impida por completo la colaboración del reglamento. En cierto modo la reserva implica fundamentalmente una prohibición al reglamento para entrar por su propia iniciativa en el ámbito legislativo acotado, pero no prohíbe autorizar al ejecutivo para que así lo haga⁸⁵.

Partiendo siempre de que debe ser el propio legislador el que establezca por sí mismo la materia reservada, no estará de más advertir de que en tipos constitucionales como el nuestro, en el que opera una generalización de la reserva en una multiplicidad de ámbitos definidos de manera concreta, la ley ordinaria ha de orientarse a su configuración como una norma de organización o de principios que señale los aspectos básicos de los distintos sectores materiales y la articulación del sistema de fuentes sobre los que versa la legislación, lo que parece acercar el contenido de la reserva a una norma cuadro y de funcionamiento del sistema jurídico sobre un ámbito determinado⁸⁶.

En todo caso, una de las notas esenciales de la reserva de ley sigue siendo el modo peculiar de permitir la colaboración reglamentaria, resultando necesario que la ley misma se preocupe de establecer una regulación mínima, unos principios y unos objetivos a los que debe dirigirse la

siempre que se cumplan las finalidades para las cuales la norma reservada ha dispuesto la correspondiente remisión.

⁸⁴ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional, ob.cit.*, p. 230-231.

⁸⁵ BAÑO LEÓN, José María. Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978). Madrid: Civitas, 1991, p. 103; NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2005, p. 252-260. Diverge de este planteamiento DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional, ob.cit.*, 239-240, para quien donde hay reserva de ley el reglamento no puede intervenir de forma alguna o, lo que es lo mismo, si el reglamento puede intervenir en una materia sujeta a reserva es porque la regulación de que se trate no está comprendida en la reserva misma.

⁸⁶ DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000, p. 101-102.

actuación administrativa o unos límites dentro de los cuales se ha de mover la norma reglamentaria, de forma que su ámbito de actuación quede determinado por voluntad de la ley impidiendo una regulación claramente independiente o autónoma con respecto al texto legislativo⁸⁷.

Por tanto, nos parece obligado en el análisis de la reserva de ley en materia de función pública proceder al examen de las siguientes cuestiones:

- a) Determinar de una manera lo más exacta posible el ámbito material de la reserva valorando la función que cumple y su extensión en atención al tratamiento que la institución función pública recibe en nuestro texto constitucional y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- b) Analizar el ámbito material ocupado por los preceptos legales que regulan nuestro sistema de función pública y su configuración normativa estudiando el alcance de la determinación legislativa y las relaciones establecidas con las fuentes secundarias que se hayan podido utilizar en cada caso.

3.2. El ámbito de la reserva de ley en la función pública: una perspectiva constitucional

El artículo 103.3 CE establece que “La ley regulará el 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 a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

Las prescripciones constitucionales sobre la institución función pública contenidas en este precepto deben completarse teniendo en cuenta que el artículo 23.2 CE consagra el derecho fundamental de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, con los requisitos que señalen las leyes, mientras que el artículo 28.1 CE reconoce el derecho a la libertad sindical de los funcionarios públicos, permitiendo que el legislador regule

⁸⁷ BAÑO LEÓN, José María, *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria*, *ob.cit.*, p. 98; Nieto, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*, *ob.cit.*, p.293; REBOLLO PUIG, Manuel. “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria”. *Revista de Administración Pública*. Nº 125, 1991, p. 124-147. Los requisitos que ha de cumplir la remisión al reglamento en las materias reservadas se detallan de una forma ciertamente exigente en SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 4ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p.348. Conviene advertir de la falta de una precisa técnica legislativa en la particular materia que conocemos como función pública, con cláusulas de remisión de lo más variado o, incluso, formalmente inexistentes, que fuerzan la justificación de la norma secundaria por distintas vías interpretativas fundamentadas en el argumento del uso previsible y razonable del ejercicio de la potestad reglamentaria, al respecto se pueden ver los comentarios de LASAGABASTER HERRATE, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994, p. 230-233.

peculiaridades en su ejercicio. Correlativamente, el artículo 25.1 CE al señalar que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente, establece la exigencia de reserva de ley para la tipificación de infracciones o sanciones en el ámbito disciplinario. Por otra parte, los artículos 66.2 y 134.1 CE afirman el principio de legalidad presupuestaria, de notable incidencia sobre el número y la retribución de los integrantes de la función pública que se consideran como uno de los principales envoltentes de un gasto público que solo puede establecerse por ley y cuya previa consignación presupuestaria se constituye en un requisito de validez esencial para el reconocimiento de las obligaciones de las Administraciones públicas en materia de personal. Finalmente, las previsiones constitucionales sobre el empleo público se cierran con una norma competencial contenida en el artículo 149.1.18 CE que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios.

El redactado del artículo 103.3 CE parece contener dos mandatos esenciales:

a) Deberán dictarse una o varias leyes cuyo objeto será un estatuto singular para los funcionarios públicos, es decir, “el” estatuto de los funcionarios, que regulará la ordenación de un régimen especial de prestación de servicios diferenciado jurídicamente de la relación de servicios común fundamentada en el contrato de trabajo.

b) Dicho estatuto tendrá una disciplina característica referida al derecho de los ciudadanos a acceder al empleo público en condiciones de igualdad y mérito, a la introducción de peculiaridades en el ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios, al establecimiento de un sistema de incompatibilidades y a las garantías necesarias para que los funcionarios públicos puedan ejercer sus funciones en condiciones de imparcialidad.

La referencia del artículo 103.3 CE a “el” estatuto de los funcionarios públicos parece sugerir la existencia de un estatuto previamente configurado en base a una serie de rasgos tradicionales con capacidad para vincular al legislador configurando una garantía esencial de la institución función pública⁸⁸. La concepción de la función pública como institución de derecho público

⁸⁸ BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 24, 1988, p. 172, se refiere al status funcional como una típica garantía institucional recogida en el artículo 103.3 de nuestra Constitución. MONTORO CHINER, María Jesús. Para la reforma del empleo público, *ob. cit.*, p. 181, precisa que al ser misión del artículo 103.3 CE vincular al legislador ordinario sobre los aspectos de la función pública que debe necesariamente regular para conformar su estatuto, directamente estaría protegiendo a dicho estatuto de una hipotética desaparición, transformación que lo hiciera incognoscible o vaciamiento de sus contenidos, concluyendo que el precepto constitucional mencionado formula la garantía institucional de la función pública.

que debe ser preservada en sus rasgos fundamentales presupone una determinada imagen de la institución que iría incluso más allá del programa establecido por la Constitución (igualdad y mérito en el acceso al empleo público, peculiaridades en el ejercicio del derecho a sindicación, sistema de incompatibilidades, garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones).

De hecho la garantía presupone la existencia de instituciones de carácter público ya configuradas, formadas y organizadas en sus rasgos característicos. La garantía institucional se determina a través de dos elementos: el histórico y el normativo. La determinación de la institución es producto de la fusión de su régimen normativo y de la imagen social a que refiere en un determinado momento histórico⁸⁹. De esta manera “el” estatuto de los funcionarios públicos sería un objeto constituido antes de la intervención del legislador que se obtiene de una imagen maestra derivada de los rasgos que lo han caracterizado tradicionalmente, imagen a la que no es ajeno el derecho positivo existente en un momento dado, ya que a la percepción social de la institución contribuye de un modo importante la regulación jurídica de la misma⁹⁰.

Parece ser que estas tesis se fundamentan en una traslación a nuestro sistema constitucional del artículo 33.5 de la Ley Fundamental de Bonn, un precepto que establece el mandato de legislar: “atendiendo a los principios tradicionales de la función pública”⁹¹. Pero no hay en nuestra Constitución un modelo determinado de función pública más allá de la existencia de un estatuto de derecho público de naturaleza objetiva y de una referencia expresa a un programa legislativo que ha de adoptar una dirección determinada⁹².

⁸⁹ GAVARA DE CARA, Juan Carlos. Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 92-99.

⁹⁰ SOLAZABAL ECHEVARRIA, Juan José. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 32, 1991, p. 87-91. PAREJO ALFONSO, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. 1981, 3, p. 185, nos dirá que de los dos caminos que establece la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para llegar a la concreción del contenido esencial, el primero consiste en la comparación entre el régimen positivo del derecho correspondiente y el tipo abstracto del mismo conceptualmente preexistente a su regulación, y el segundo, se resuelve en idéntico proceso de comparación, esta vez entre el régimen positivo del derecho y los intereses jurídicamente protegidos a través de este.

⁹¹ Este precepto incorpora la garantía institucional del funcionariado no como un mero precepto programático, ni como advertencia para programas legislativos futuros, sino como derecho vigente inmediatamente aplicable. Entre los principios que componen los tradicionales de la función pública se pueden citar los de reserva de función, fidelidad y obediencia, dedicación permanente al servicio, lealtad a favor del Estado, obligación de asistencia al funcionario, remuneración adecuada, principio de carrera, principio de eficiencia, conservación de la situación jurídica del funcionario que se considera sometida a la ley, derecho a la decisión de la autoridad predeterminada legalmente; dichos principios han sido estudiados por MONTORO CHINER, María Jesús. *La función pública en el federalismo alemán*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987, p. 30-40.

⁹² PULIDO QUEVEDO, Manuel. El acceso a los cargos y funciones públicas, *ob.cit.*, p. 423-424. Más extensamente CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. El empleo público: entre estatuto funcional, *ob.cit.*, p. 274-279, quien señala que uno de los contenidos básicos de la garantía institucional hubiera sido en nuestra tradición jurídica

A nuestro entender, la reserva de ley en materia de función pública, al mismo tiempo que prevé la intervención del legislador para la configuración de un régimen objetivo de prestación de servicios a la Administración pública, le señala un cuadro de actuación específico en base a la consideración de una serie de elementos esenciales, pero no un contenido concreto del mismo.

Si se nos permite la observación, el vínculo es de programa y de dirección pero no de contenido material. Se trata de llamar la atención del legislador sobre la necesidad de producir una norma en una zona específica de nuestro sistema institucional para la obtención de unos determinados objetivos (el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades, las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones). Desde esta perspectiva, por una parte, el legislador quedaría limitado positivamente al no poder dejar de regular una serie de materias que el mismo texto constitucional considera propias del estatuto funcionarial; por otra, estaría coartado de modo negativo, pues se le estaría prohibiendo que ignorara el programa y los objetivos establecidos en la Constitución para esta serie de materias⁹³. Pero ni la reserva de ley en materia estatutaria se extiende a la entera temática de la función pública, ni incorpora como modelo de regulación la carga histórica que arrastra la institución en su configuración tradicional⁹⁴.

Cuestión distinta es que ciertamente la institución estatutaria no surge en el vacío sino en una sociedad jurídicamente organizada, por lo que hay que entender que las referencias hechas en la Constitución a determinadas situaciones jurídicas propias de la relación de función pública obligarán al legislador a tener en cuenta una serie de elementos fundamentales que se puedan desprender de las mismas, aunque, naturalmente, no sus contenidos concretos⁹⁵.

la determinación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, lo que hubiera resultado incompatible con el reconocimiento del derecho de sindicación de los funcionarios públicos que incorpora el artículo 28.1 CE.

⁹³ ARROYO YANES, Luís Miguel. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, p. 180.

⁹⁴ El modelo estatutario en su significado tradicional presupone un tratamiento del sistema de función pública articulado en torno a una lógica de derechos y deberes de los funcionarios. El punto de vista que se impone no es el de la configuración de medios personales para que los sujetos públicos puedan perseguir los intereses colectivos de conformidad con los principios de objetividad, eficacia y jerarquía, sino el de los derechos y deberes subjetivos de los miembros de la institución. Por tanto, el estatuto funcionarial sirve a los derechos subjetivos de los funcionarios públicos constituyendo su “estatuto” personal. En esta lógica el estatuto ha de proteger a los funcionarios frente a las presiones del poder público, por tanto, el sistema estatutario fija las reglas relativas a las garantías fundamentales acordadas a los funcionarios para protegerlos individualmente de los abusos de la autoridad política, al respecto, BEN SALACH, Tabrizi. *Droit de la fonction publique*. Paris: Armand Colin, 2003, p.23-27; GRÉGOIRE, Roger. *La fonction publique*. Paris: Dalloz, 2005, p. 51.

⁹⁵ STC 108/1986, de 27 de julio.

De hecho, el estatuto de los funcionarios es ante todo una noción doctrinal que remite a un modelo de prestación de servicios a la Administración cuyo régimen jurídico se define legal y reglamentariamente, con carácter objetivo, sin admitir derogaciones singulares fundamentadas en la autonomía individual⁹⁶. De este concepto se deduce que los funcionarios están sometidos a las condiciones de empleo que determinan las leyes y los reglamentos, con independencia de cuál sea la forma o el procedimiento de producción. La relación estatutaria como situación objetiva se puede contraponer a la relación laboral como situación autónoma, pero dicha concepción no permite identificar un contenido de la relación que pueda imponerse al legislador más allá del que pueda desprenderse de los elementos fundamentales del programa legislativo establecido por la Constitución⁹⁷.

Dicho programa a tenor del artículo 103.3 CE parece extenderse a una serie de extremos concretos: la encomienda al legislador de la determinación de los requisitos de acceso a la función pública, de acuerdo con el principio de igualdad y mérito, que se proyecta sobre el acceso pero también sobre la promoción profesional a lo largo de la carrera administrativa y la permanencia en el ejercicio regular de funciones públicas; el encargo al legislador de la modulación o composición de las diversas situaciones derivadas del ejercicio del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos entendido como un derecho complejo; la articulación de un sistema de incompatibilidades y, finalmente, la determinación por ese mismo legislador de la garantía expresa de las condiciones de imparcialidad de los funcionarios para el ejercicio de sus funciones.

Este es el contenido estricto de la reserva de ley que contiene el artículo 103.3 CE, cuyos diferentes apartados podemos analizar a la luz de la jurisprudencia constitucional. Una doctrina

⁹⁶ Lo específico de la situación del funcionario es que las reglas que le son aplicables reposan sobre un sistema legal y reglamentario que rige por vía general e impersonal el ejercicio de la función pública resultado de un contrato genérico llamado “contrato de derecho público” en el que la Administración pública, para asegurar el mejor funcionamiento posible del servicio, conserva el derecho de fijar y modificar en curso de ejecución sus diferentes cláusulas, tal como se concluye en KAFTANI, Catherine. *La formation du concept de fonction publique*, *ob.cit.*, p. 132.

⁹⁷ La caracterización del régimen estatutario de los funcionarios públicos como una noción doctrinal se encuentra en la STC 5/1982, de 8 de febrero. La definición de la relación estatutaria como una situación jurídica objetiva definida legal y reglamentariamente de acuerdo con los principios de reserva de ley y primacía legal preside el contenido de la STC 99/1987, de 11 de julio. En todo caso, la definición de la relación del funcionario público como una situación objetiva, determinada por el legislador y la Administración pública, atiende siempre a la posible modificación de esta situación por medios idénticos sin que a ello se pueda oponer la voluntad del funcionario, de forma que la continuidad y la adaptabilidad de la relación de empleo por razones de interés público están, en todo caso, por encima de la voluntad del funcionario, planteamiento que se desprende con claridad del ATC 160/1989, de 3 de abril. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional es consciente de que la situación estatutaria de los funcionarios de la Administración civil es menos rigurosa que la de otros funcionarios, como pueden ser los jueces y magistrados, en función del reconocimiento del derecho de sindicación, con los correspondientes efectos que ello pueda acarrear, tal como plantea la STC 108/1986, de 27 de julio.

que ha ofrecido para la función pública una descripción expresa de lo que pueden ser los rasgos peculiares de la reserva de ley en la materia, advirtiendo que este es: “un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas Funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas”, teniendo en cuenta que “habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública”⁹⁸.

Nuestra intención es contrastar el resultado de este análisis con la interpretación que el mismo Tribunal Constitucional ha hecho de la globalidad de dicho precepto, para así poner en evidencia la contraposición de reservas que puede obtenerse con una u otra interpretación.

3.2.1. Reserva de ley y acceso a las funciones públicas

La reserva de ley en materia de acceso a la función pública es una reserva ciertamente peculiar. El artículo 103.3 CE encomienda a la ley la regulación del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad. El artículo 23.2 CE reconoce a los ciudadanos el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas, pero señala en su inciso final que dicho acceso se llevará a cabo “con los requisitos que señalen las leyes”. Por tanto, el derecho a acceder a los cargos y funciones públicas es un derecho de configuración legal y de naturaleza no sustantiva. Ello quiere decir que corresponde al legislador concretar adecuadamente su contenido y disponer los requisitos con los que debe ser ejercido. Los derechos de configuración legal solo pueden ser aplicados en los términos ideados por el legislador, a quien se le reconoce una amplia habilitación constitucional para condicionar su ejercicio con arreglo a una pluralidad posible de ordenaciones siempre que las mismas no sean irracionales. Precisamente, al ser el derecho contenido en el artículo 23.2 CE un derecho de

⁹⁸ STC 99/1987, de 11 de junio. El carácter relativo de esta delimitación se hace patente en la STC 235/1991, de 12 de diciembre, cuando se advierte de los diferentes contenidos posibles de la expresión “régimen estatutario de los funcionarios públicos”, en la que al margen de otros posibles extremos ha de incluirse el régimen disciplinario en cuanto constituye uno de los aspectos esenciales de la regulación de su régimen estatutario.

configuración legal, la fijación *ex ante* de los criterios de selección, tanto de carácter absoluto como relativo, en que consistan la igualdad, mérito y capacidad para cada función, es la única forma de que pueda ejercerse el derecho mismo⁹⁹.

En este sentido, nuestra jurisprudencia constitucional afirma que la Constitución reserva a la ley y, en todo caso, al principio de legalidad, entendido como existencia de norma jurídica previa, el ejercicio del derecho fundamental a acceder a la función pública, en condiciones de igualdad, de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Tales condiciones solo pueden establecerse mediante la intervención positiva del legislador, resultando esta exigencia más patente y de mayor rigor e intensidad en el caso de acceso a la función pública que, cuando dentro de la misma, se trata del desarrollo y promoción de la carrera administrativa¹⁰⁰. Ahora bien, lo dicho no impide que la ley formal pueda recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación habida cuenta de que no estamos ante una reserva absoluta. Por lo tanto, resulta lícito y posible, según la Constitución establecer requisitos por vía reglamentaria para el acceso a cargos y funciones en la Administración pública, con los límites y condiciones que en la ley se hayan expresado, es decir, la potestad reglamentaria no podrá desplegarse ignorando o sustituyendo a la disciplina legislativa sin que el legislador pueda disponer de la reserva misma a través de remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos y estrictos, pues ello entrañaría un desapoderamiento del Parlamento a favor de la potestad reglamentaria que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva¹⁰¹.

Por consiguiente, no cabe admitir que el último inciso del artículo 23.2 CE resulte vulnerado por el solo hecho de que los requisitos para el acceso a la promoción a un determinado cargo o función dentro de la Administración pública se establezcan por norma reglamentaria, ya que sería ilógico exigir del legislador una previsión casuística del contenido de los requisitos para acceder a cualquier cargo o función en el seno de la Administración pública, pues dichos requisitos habrán de variar sustancialmente en cada caso en función de la normación sustantiva

⁹⁹ STC 48/1998, de 2 de marzo. En palabras de la STC 130/2009, de 1 de junio: “Con respecto al art. 23.2 CE existe una consolidada doctrina de este Tribunal Constitucional (entre otras, STC 39/2007, de 15 de febrero, FJ 9, y 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6) según la cual lo que el citado precepto constitucional consagra es un derecho de configuración legal, de tal modo que compete establecer las condiciones de acceso a la función pública con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE) al legislador, correspondiendo a este la decisión sobre los distintos requisitos y condiciones para el acceso a la función pública que han de reunir los candidatos”.

¹⁰⁰ La reserva legal de los requisitos y condiciones de acceso comprende también la reserva de determinación de los supuestos de dispensa de dichos requisitos, como excepción a la regla general, incluidos asimismo los de titulación en materia de promoción interna, tal como se dice en la STC 200/2015, de 24 de septiembre.

¹⁰¹ STC 47/1990, de 20 de marzo.

de una u otra función pública. Todo lo cual no excluye, claro está, que pueda ser vulnerado el artículo 23.2 CE, y la reserva de ley establecida en el artículo 103.3 CE, cuando el titular de la potestad reglamentaria introduce nuevos requisitos o condiciones carentes de toda cobertura legal, estableciendo criterios innovadores de diferenciación donde el legislador no había diferenciado o limitando el acceso a un cargo a determinados ciudadanos sin contar para ello con la necesaria habilitación legislativa. De hecho, cuando el legislador establece los requisitos que han de concurrir en los candidatos al acceso a un cargo o función pública, sin prever que su regulación pueda ser desarrollada o complementada por disposiciones infralegales, en realidad está sancionando un criterio igualatorio que las disposiciones reglamentarias no pueden desconocer, restringiendo o agravando las condiciones legales en perjuicio de determinados ciudadanos o grupos, sin conculcar al tiempo el principio de igualdad y, por consiguiente, sin lesionar el derecho fundamental proclamado en el artículo 23.2 CE. En este supuesto, no puede el reglamento excluir directa o indirectamente del goce de un derecho a aquéllos a quienes la ley no excluyó, cuando ni siquiera esta última ha previsto la posibilidad de que por esta vía el reglamento pueda eventualmente descartarles¹⁰².

De lo que antecede puede deducirse que la conexión existente entre el artículo 23.2 CE y el artículo 103.3 CE, obliga a reservar a la ley los requisitos y condiciones de selección. Sin embargo no estamos ante una reserva de ley absoluta. La ley puede recabar de una forma explícita o implícita la colaboración del reglamento para el establecimiento de requisitos o condiciones de acceso de naturaleza positiva que guarden relación con la función o el cargo a desempeñar. Cuestión distinta es que el reglamento pueda determinar por vía negativa exclusiones o prohibiciones de acceso para determinados colectivos o grupos de ciudadanos sin una específica habilitación legislativa, exclusiones que requieren siempre una mayor y más severa justificación objetiva y racional y, sobre todo, una interposición del legislador formal y material¹⁰³.

Hay que tener en cuenta que en nuestra doctrina constitucional la reserva de ley se proyecta sobre la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a un cargo o función

¹⁰² SSTC 47/1990, de 20 de marzo; 185/1994, de 20 de junio; 48/1998, de 2 de marzo; y 30/2008, de 25 de febrero.

¹⁰³ STC 48/1998, de 2 de marzo. La STC 131/2017, de 13 de noviembre, nos dirá: “que es al legislador a quien corresponde fijar los requisitos que deben cumplirse, tanto para el acceso a la función pública como para la provisión de ulteriores puestos funcionariales”, señalando expresamente que: “en relación con el artículo 23.2 CE la ley tiene la función de delimitar el contenido y alcance de ese derecho fundamental, esencialmente vinculado a los principios de igualdad, mérito y capacidad, pero también opera como un valladar frente a cualquier imposición de requisitos, condicionantes o incompatibilidades no prevista en ella”.

pública en la Administración y, más concretamente sobre las condiciones o requisitos de acceso con capacidad para alterar una situación jurídica de igualdad en el acceso a la función pública¹⁰⁴.

Es decir, en este caso la reserva de ley se referiría a los requisitos generales y específicos para poder participar en los procesos selectivos pero no se extendería, por ejemplo, a la estructura o disposición de los elementos que pautan el proceso de selección. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional resulta de una claridad meridiana. Los requisitos de acceso a la función pública se han de establecer por el legislador de conformidad con los principios de igualdad y mérito. La ley formal puede recabar la colaboración reglamentaria y el recurso a los instrumentos que sean necesarios para su desarrollo y aplicación sin que el titular de la potestad reglamentaria pueda introducir requisitos nuevos o más gravosos para el acceso a la función pública. Es decir, por vía reglamentaria no pueden establecerse diferencias no queridas por el legislador y que no encuentran cobertura explícita ni implícita en la ley. En todo caso, la remisión al reglamento ha de ser particularmente rigurosa en aquellos supuestos en que los requisitos de acceso se determinan en términos negativos.

En el ámbito de la reserva de ley se ha de comprender un derecho al libre acceso en condiciones de igualdad, o si se quiere un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, derecho que se opone la dispensa de requisitos para el acceso o la promoción interna a colectivos previamente delimitados, a la integración automática de determinados grupos en la función pública, así como, en principio, y salvo contadas y expresas excepciones que se deberán establecer también a través de una ley formal, a las llamadas “pruebas restringidas” para el acceso a funciones públicas¹⁰⁵.

El régimen de las dispensas, integraciones o el de las pruebas restringidas se ha de precisar estrictamente en una ley formal que deriva de los artículos 23.2, 53.1 y 103.3 CE para la regulación del acceso a la función pública, ley que además supone también un ejercicio de la competencia básica estatal por constituir el carácter abierto de los procesos selectivos y sus posibles excepciones un elemento de ese núcleo esencial del estatuto de los funcionarios que es el derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas¹⁰⁶.

¹⁰⁴ STC 138/2000, de 29 de mayo.

¹⁰⁵ SSTC 302/1993, de 21 de octubre; 113/2010, de 24 de noviembre; 175/2011, de 8 de noviembre; 2/2012, de 13 de enero; y 238/2015, de 19 de noviembre. También las SSTC 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de 19 de octubre; 4/1993, de 14 de enero; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero; o 12/1999, de 11 de febrero. Más recientemente resultan significativos el ATC 68/2012, de 17 de abril y la STC 86/2016, de 28 de abril.

¹⁰⁶ STC 111/2014, de 26 de junio.

A la vista de la jurisprudencia analizada podemos sintetizar las consecuencias de la calificación del artículo 23.2 CE, como un derecho de configuración legal y el contenido de la reserva establecido en el artículo 103.3 CE:

a) El inciso final del artículo 23.2 CE, “con los requisitos que señalen las leyes”, reserva a la ley los requisitos de acceso a la función pública, reserva que no se considera sustantiva y que admite una amplia colaboración de la norma reglamentaria dada la manifiesta imposibilidad de que la ley pueda contener una previsión de los requisitos específicos para acceder a cualquier cargo o función pública.

b) La utilización de las normas reglamentarias en relación con el artículo 23.2 y 103.3 CE tiene tres límites claros: primero, es necesario que exista un criterio o una pauta que enmarque el ejercicio de la potestad reglamentaria y una remisión legislativa explícita o implícita para que el reglamento colabore complementando o particularizando los requisitos de acceso; segundo, el reglamento no puede introducir sin una remisión concreta nuevos requisitos, ni condiciones ni agravarlos o restringirlos, de tal manera que limiten el acceso de determinados ciudadanos que no los reúnan; y tercero, la introducción de requisitos negativos requiere siempre una interposición del legislador formal y material y una específica habilitación legislativa al reglamento.

c) La reserva de ley en esta materia recubre también el principio de pruebas abiertas y libres que garantiza el igual acceso y sus posibles excepciones sin que sea posible remitir al reglamento el régimen de integración que haga posible una restricción justificada de las condiciones de acceso.

Sin embargo, el ámbito objetivo de la reserva de ley no parece ir más allá del establecimiento explícito o implícito de unos requisitos que no supongan restricciones injustificadas de las condiciones de acceso o que no puedan ser referidos a los conceptos de mérito y capacidad, aunque algún pronunciamiento parece sugerir un ámbito más amplio de la reserva de ley que incluiría la introducción de los parámetros necesario para que los órganos de selección respondieran a los principios de imparcialidad y profesionalidad.

Precisamente, la STC 73/1998, de 31 de marzo, parece ir en esa dirección al establecer que la igualdad que la ley ha de garantizar en el acceso a la función pública tiene: “un contenido material que se traduce en determinados condicionamientos del proceso selectivo (así la existencia de un órgano de evaluación técnicamente capacitado, SSTC 215/1991 y 174/1996)

y, de manera especialmente relevante, el que las condiciones y requisitos exigibles sean referibles a los principios de mérito y capacidad”.

De esta manera, el pronunciamiento citado parece extender el ámbito de la reserva de ley a la regulación de las comisiones y los tribunales de selección y a los criterios mediante los que se concreten los principios de mérito y capacidad.

De hecho, la STC 85/1983, de 25 de octubre, ya había precisado que, la reserva de ley establecida en el artículo 103.3 CE, no demandaba un determinado régimen uniforme en la composición de los tribunales y comisiones de selección, bastando que: “el régimen de tales comisiones garantice la capacidad de sus miembros para que su juicio sea libre sin ceder a consideraciones externas y que su nivel de preparación técnica sea lo suficiente para realizar la función seleccionadora”.

Lógicamente, dentro de las coordenadas de la imparcialidad y la capacidad técnica de los miembros de los órganos de selección, cabría más de una respuesta a la hora de reglamentar la composición de los órganos de acceso, por lo que la reserva de ley en esta materia se extendería única y exclusivamente a la determinación de los criterios genéricos que aseguraran el mantenimiento de los principios citados¹⁰⁷.

En cuanto al establecimiento de los criterios de mérito y capacidad y de los medios para garantizar su comprobación, lo cierto es que respetando el principio de igualdad y mérito, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional viene reconociendo, tal como nos dice la STC 85/1983, una: “razonable dosis de libertad de la Administración sobre el programa, pruebas selectivas y fijación de los méritos en el acceso a la función pública”, correspondiendo a la Administración la elección de las opciones mejor o más adecuadas para la realización del juicio de mérito.

Finalmente, en este orden de ideas conviene mencionar la STC 235/2000, de 5 de octubre, que aunque referida a sistemas de provisión de puestos de trabajo, establece taxativamente que: “tanto los medios de acreditación de los méritos que pueden aducirse en los concursos, como la composición de las Comisiones o Tribunales de valoración, no son cuestiones que

¹⁰⁷ La STC 235/2000, de 5 de octubre, nos dirá para los sistemas de provisión de puestos de trabajo que: “tanto los medios de acreditación de los méritos que pueden aducirse en los concursos, como la composición de las Comisiones o Tribunales de valoración, no son cuestiones que necesariamente hayan de venir previstas en norma con rango de ley, constituyendo, por el contrario, materia típica de la ordenación reglamentaria”.

necesariamente hayan de venir previstas en normas con rango de ley, constituyendo, por el contrario, materia típica de la ordenación reglamentaria”.

Con estos datos podemos ya completar nuestro análisis afirmando que el ámbito material de la reserva de ley en el acceso al empleo público se extiende también a la determinación de las pautas de composición de los tribunales y órganos de selección que aseguren la imparcialidad y la profesionalidad de sus miembros, advirtiendo de que la mencionada extensión debe matizarse y limitarse a los criterios generales que dispongan la composición de dichos órganos de selección para asegurar la vigencia de los principios citados.

En la interpretación de la idea de acceso nuestro Tribunal Constitucional ha realizado una construcción jurídica que a nuestro juicio supera lo que podría ser una lectura literal del artículo 23.2 CE. La idea de acceso la refiere la jurisprudencia constitucional tanto al ingreso por primera vez en el empleo público como a la ocupación de diferentes puestos en la carrera mediante la promoción profesional. El acceso no lo es solo genéricamente a la función pública, sino a cada uno de sus tramos y esferas y a cada uno de sus cargos¹⁰⁸.

De hecho, el principio de igualdad y mérito actúa no solo en el momento del acceso a la función pública, sino también a lo largo de la duración de la relación funcional y, por tanto, es aplicable a la provisión de puestos de trabajo¹⁰⁹.

Sin embargo, es diferente el rigor e intensidad con que operan los principios de mérito y capacidad según se trate del ingreso inicial en la función pública o del desarrollo ulterior o promoción de la propia carrera administrativa, pues en el supuesto de provisión de puestos de trabajo entre personas que ya han accedido a la función pública y, por ende, acreditado los requisitos de mérito y capacidad, cabe tener en cuenta criterios distintos enderezados a lograr una mayor eficacia en la organización y la prestación de los servicios públicos o a satisfacer otros bienes constitucionalmente protegidos. Así se ha dicho con relación a los principios de protección de la familia (artículo 39.1 CE) y de eficacia en la Administración (artículo 103.1 CE), a propósito del llamado turno de consorte en los concursos de traslado de los funcionarios, o a fin de hacer efectivo el principio de autonomía de los entes territoriales en los casos de movilidad interadministrativa¹¹⁰.

¹⁰⁸ STC 75/1983, de 3 de agosto. Más concretamente, la STC 47/1990, utiliza la expresión “acceso a la promoción a un determinado cargo o función dentro de la Administración Pública”.

¹⁰⁹ SSTC 75/1983, de 3 de agosto; 47/1989, de 21 de febrero; 293/1993, de 18 de octubre; y 365/1993, de 13 de diciembre.

¹¹⁰ SSTC 192/1991, de 14 de octubre; 200/1991, de 28 de octubre; y 156/1998, de 13 de julio.

Resulta pues, que al ser constitucionalmente legítimo que en materia de provisión de puestos de trabajo puedan valorarse criterios independientes de los que en sentido estricto, derivarían del principio de igualdad que consagra el artículo 23.2 CE, es al legislador al que corresponde determinar en qué casos pueden tomarse en consideración esos otros criterios, criterios que, como se ha indicado, siempre que se encuentren justificados en la mejor prestación de los servicios o en la protección de otros bienes constitucionales y que no introduzcan discriminaciones, serán compatibles con el derecho fundamental que garantiza el artículo 23.2 CE.

En principio, la reserva legal en materia de provisión de puestos de trabajo alcanza a la introducción de requisitos o condiciones de provisión generales que no puedan reconducirse a los principios de igualdad y mérito, pero encuentren su justificación en el principio de eficacia que ha de presidir la mejor organización del servicio o en otros bienes constitucionalmente protegidos.

Pero también nuestra jurisprudencia constitucional, sin dejar de recordar que corresponde a la ley, y en todo caso al principio de legalidad, el ejercicio del derecho fundamental a acceder a la función pública, reconoce que resulta lícito y posible establecer requisitos específicos para la provisión de puestos por vía reglamentaria, admitiendo que, en palabras de la STC 48/1998, de 2 de marzo, “la Ley, que tampoco puede agotar la materia, recurra a un instrumento técnico como la relación de puestos de trabajo a través del cual se realice la ordenación de puestos del personal, de acuerdo con las necesidades de los servicios, con precisión de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo (...) con mayor razón cuando de lo que se trata no es de regular las condiciones de acceso a la función pública, como de definir las características esenciales de los puestos de trabajo a desempeñar por personal que ya es funcionario”.

De hecho, el necesario ajuste a las necesidades de cada servicio público comporta que en nuestro ordenamiento no exista un solo sistema o procedimiento para la provisión de puestos de trabajo entre funcionarios, ni exista tampoco homogeneidad entre las situaciones de permanencia y estabilidad correspondientes a los diversos puestos, de forma que para su provisión las Administraciones públicas dispongan de un cierto margen de actuación, aun cuando ello no pueda significar que tal margen sea absoluto, y que pueda convertirse en

arbitrariedad, pues los límites jurídicos generales y los concretos que en cada supuesto se determinen siguen en estos casos encuadrando la acción administrativa¹¹¹.

De aquí que nuestros tribunales hayan aceptado que los reglamentos pueden establecer normas especiales de provisión de puestos de trabajo dado que la ley no impide el establecimiento de dichos supuestos en casos específicos que escapan a los comunes previstos por los preceptos generales de las leyes de función pública¹¹².

En otro orden de consideraciones conviene advertir de que el principio de igualdad y mérito trasciende el derecho de acceso a las funciones públicas para comprender también el derecho a permanecer en los mismos lo que implica:

- a) El derecho a no ser removido sino es por causas y de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos.
- b) El derecho al mantenimiento del vínculo funcional a través de las vicisitudes por las que pueda pasar la relación de función pública que pueden suponer incluso una interrupción de la relación.
- c) El derecho al ejercicio regular del propio cargo o función.

El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas integra el derecho al mantenimiento de la condición de funcionario y, en consecuencia, exige que las leyes tipifiquen las causas mismas de extinción de la relación de servicio, que han de ser generales, abstractas y, en principio, de similar alcance para todo el personal, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquellas que tengan una justificación objetiva y razonable¹¹³. En todo caso, se considera un rasgo estructural de la legislación que regula la pérdida de la condición funcional su naturaleza de cerrada o limitativa, por lo que las normas reglamentarias no pueden prever nuevos supuestos de extinción de la condición de funcionario¹¹⁴.

¹¹¹ SSTC 207/1988, de 8 de noviembre; 293/1993, de 18 de octubre; y 365/1993, de 13 de diciembre. ARROYO YANES, Luís Miguel. La carrera administrativa de los funcionarios públicos, ob.cit., p. 205, se referirá a un principio de diversidad funcional que deja fuera de la zona de protección del artículo 23.2 CE el establecimiento general de criterios diferentes de idoneidad para las distintas funciones públicas.

¹¹² Nos remitimos al respecto al análisis realizado por FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio. *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, p. 67-68.

¹¹³ SSTC 73/1994, de 3 de marzo; y 17/2003, de 16 de enero.

¹¹⁴ Aunque referida a un conflicto de competencias sobre el régimen de situaciones administrativas de los funcionarios públicos, se puede ver en esta dirección la doctrina sentada por la STC 1/2003, de 16 de enero.

El mantenimiento o permanencia en el ejercicio del cargo o la función pública supone la regulación legal de las vicisitudes por las que puede pasar la relación del funcionario con la Administración, ya sea por la voluntad de este o por la decisión de aquella, que si bien comportan una pausa temporal de la misma, no dan lugar a la extinción de la relación funcional¹¹⁵.

De modo que se considera como un presupuesto conceptual del sistema de situaciones administrativas la permanencia en la función, por lo que la regulación completa del régimen configurador de cada situación administrativa concreta ha de quedar reservado a la ley¹¹⁶. Dicha ley que ha de regular la causa, el supuesto concreto de concesión de la situación y la consecuencia jurídica de la misma¹¹⁷. Esta reserva de ley tiene un alcance relativo, ya que no impide la colaboración de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas como los acuerdos colectivos, aunque esta por definición deba ser limitada, en la ordenación de la materia¹¹⁸.

También, el derecho al mantenimiento o permanencia en el ejercicio del cargo o función implica el ejercicio de una serie de derechos y facultades que no pueden ser menoscabados o desconocidos mediante perturbaciones ilegítimas en su desempeño, pues los mismos forman parte del estatuto propio de dicho cargo o función. De hecho, la garantía dispensada en el artículo 23.2 CE al acceso en condiciones de igualdad al cargo público, se extiende a la permanencia en el mismo y al desempeño de las funciones que le son inherentes en los términos que establecen las leyes. Por tanto, el derecho de acceso comporta la posibilidad del desempeño de la función de acuerdo con lo previsto en la ley, ya que compete a la norma legal, fijar y ordenar, precisamente esos derechos y facultades que corresponden a los distintos cargos y funciones públicas, derechos y facultades que una vez creados quedan integrados en el estatuto propio de cada cargo con la consecuencia de que podrán los titulares defender su derecho al cargo que consideren ilegítimamente constreñido o ignorado por actos del poder público¹¹⁹.

Dicho eso, conviene hacer la salvedad de que el derecho al cargo implica el derecho a que la actuación profesional del funcionario se desarrolle en coherencia con la habilitación para el

¹¹⁵ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”. *Revista de Administración Pública*. Nº 176, 2008, p. 162.

¹¹⁶ SSTC 1/2003, de 16 de enero; 215/2013, de 19 de diciembre; y 20/2017, de 2 de febrero.

¹¹⁷ En esta dirección se ha hecho referencia de una manera un tanto excesiva a un principio de tipificación legal de las situaciones administrativas, tal como se puede ver en MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Iñigo. Régimen jurídico de la función pública, *op.cit.*, p. 329.

¹¹⁸ STC 1/2003, de 16 de enero.

¹¹⁹ SSTC 231/1998, de 1 de diciembre; y 38/1999, de 22 de marzo.

desempeño de funciones adquirida con ocasión del ingreso en la función pública, pero no al mantenimiento o preservación del puesto adjudicado¹²⁰.

El derecho al cargo supone desde tales consideraciones una garantía de integración en una estructura profesional previamente definida que no puede ser alterada singularmente por la Administración pública. De ahí deriva la necesidad de que la ley defina previamente las funciones de los diferentes cuerpos y escalas a los que se adscriben los funcionarios, de la misma manera que ha de quedar reservado a la ley la creación, integración o supresión de sus cuerpos y escalas que, aunque deben ser considerados estructuras jurídicas, definen y enmarcan las funciones y los correlativos derechos de los funcionarios.

Ello no quiere decir que dicha reserva deba tener un carácter absoluto, la reserva de ley en esta materia se ha de limitar a las normas generales que pauten la creación, modificación y supresión de las estructuras corporativas básicas, sin alcanzar a lo que es la actuación concreta del poder ejecutivo por la que se crea, modifica o suprime un cuerpo o se refunden varios de ellos o a la supresión de una escala o clase dentro del género cuerpo o escala. Las modificaciones, supresiones o integraciones concretas de estructuras profesionales deben ubicarse en la potestad organizativa que corresponde a los órganos de gobierno, sin perjuicio de que la ley deba contener una regulación sustancial y suficiente de los criterios que se deben observar en la disposición de estas potestades de organización. En resumen, medidas de tanta intensidad como la creación, la unificación o la extinción de cuerpos y escalas requieren, para su posible adopción por el Gobierno, de una determinación legislativa suficiente por medio de la cual se evite que resida en el Gobierno mismo, sin límites o con límites imprecisos, una potestad incondicionada para alterar la estructura de los cuerpos y escalas de las diferentes Administraciones públicas¹²¹.

¹²⁰ STC 235/2000, de 5 de octubre.

¹²¹ MARTINEZ DE PISÓN APARICIO, Iñigo. Régimen jurídico de la función pública, *ob.cit.*, p. 375-376, que remite el fundamento de su tesis a la STC 99/1987. Precisamente, la STC 99/1987, de 11 de julio, afirma que: “medidas de esta intensidad, unificación y extinción sobre Cuerpos y Escalas requieren, para su posible adopción por el Gobierno, de una predeterminación legislativa suficiente por medio del cual se evite que resida en el Gobierno mismo, sin límites o con límites imprecisos una potestad incondicionada para alterar la estructura de Cuerpos y Escalas de la Administración Pública”. La STC 9/1995, de 16 de enero, va más allá de este planteamiento al afirmar que: “la decisión de regular la integración de funcionarios procedentes de cuerpos diversos corresponde al legislador o al Gobierno en ponderada valoración de los criterios concurrentes en cada caso, entre otros, el fin perseguido con esa medida organizativa, las características de los puestos a cubrir, las necesidades presentes y futuras de prestación de los cometidos funcionales asignados a los empleados públicos o a las previsiones presupuestarias”.

3.2.2. Reserva de ley y peculiaridades en el ejercicio del derecho de sindicación

El derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos deriva directamente del artículo 28.1 CE. El término “todos” los incluye y la referencia posterior a la regulación por ley de las peculiaridades de su ejercicio despeja cualquier asomo de duda. Dicho precepto resulta concordante con el artículo 103.3 CE donde se establece que la ley regulará el estatuto de los funcionarios incluyendo las peculiaridades del ejercicio de su derecho de sindicación, con lo que la funcionalidad última de este precepto resulta ser la ubicación de dichas peculiaridades en el seno del estatuto de los funcionarios. De hecho la regulación de la actividad sindical en la Administración forma parte del régimen estatutario y constituye una modulación de la libertad sindical atendiendo las especialidades de la relación funcional¹²².

La cuestión consiste en la extensión de tales peculiaridades y en el instrumento jurídico adecuado para su regulación. De una lectura inicial de estos preceptos resulta que dichas peculiaridades solo se prevén en el ejercicio de la actividad sindical de los funcionarios, con lo que no parece que vayan a recaer sobre los derechos de constitución de sindicatos y de afiliación a los mismos¹²³.

A partir de ahí conviene establecer qué contenidos de dicha actividad se incluyen en el ámbito protegido por el derecho de libertad sindical de los funcionarios y en determinar el sentido y la extensión de las peculiaridades que han de quedar determinadas por la ley.

Es evidente que el legislador del estatuto de los empleados públicos detenta un amplio poder de delimitación de las peculiaridades y de adaptación de los derechos de actividad sindical a una Administración sometida a unos particulares principios de organización y acción en razón de su natural orientación a la satisfacción de los intereses públicos¹²⁴.

El legislador del estatuto de los funcionarios va a poder imponer requisitos, condiciones o modulaciones al ejercicio de la actividad sindical en el ámbito público que respondan a los intereses generales a los que ha de servir con objetividad la organización en la que se encuadran los servidores públicos o las que puedan derivarse lógicamente de los principios de eficacia y jerarquía que deben presidir por mandato constitucional la acción de la función pública¹²⁵.

¹²² STC 224/2000, de 2 de octubre.

¹²³ STC 98/1985, de 29 de julio.

¹²⁴ STC 178/1989, de 2 de noviembre.

¹²⁵ SSTC 143/1991, de 1 de julio; y 224/2000, de 2 de octubre.

Sabemos pues que las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios se han de introducir por ley, y que su función consiste en la adaptación de dicho ejercicio a los principios de organización y acción propios de la Administración como institución. Sabemos también que la libertad sindical comprende el derecho de los sindicatos a llevar a cabo la función de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios. Precisamente para el ejercicio de esta función, el artículo 7 CE consagra la libre actividad sindical que, a tenor de la doctrina constitucional, integra los medios de acción que contribuyen a que el sindicato pueda desempeñar la actividad a que esta llamado desde el propio texto constitucional, es decir, la negociación colectiva, la huelga y el conflicto colectivo.

Con respecto a la negociación colectiva de los funcionarios, hemos expuesto ya que a tenor de la jurisprudencia constitucional existente este es un derecho de creación legal que comprende su reconocimiento y la correlativa configuración de los órganos de negociación, la determinación del objeto de esta, las líneas generales del procedimiento negocial y los efectos jurídicos asignados a los productos de la negociación, materias todas ellas que han de quedar reservadas a la ley que configure las modalidades particulares de aplicación de los procedimientos de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo en la función pública¹²⁶.

Respecto a la huelga como contenido esencial del derecho de libertad sindical y a las referencias comparadas que pudieran ofrecernos un contorno de la reserva de ley en esta materia, habría que comenzar afirmando que no existen normas internacionales reguladoras del derecho de huelga en convenios y recomendaciones de la OIT. Por ello, han sido el Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, los que han afirmado que el derecho de huelga como derecho de las organizaciones sindicales debe incluirse dentro del artículo 10 del Convenio 87 OIT, que consagra como objeto de tales organizaciones “fomentar y defender los intereses de los trabajadores”, entendiendo que el derecho de huelga es uno de los medios fundamentales de que disponen las organizaciones de trabajadores para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales. Del mismo modo debe señalarse que se ha aceptado también que pueda prohibirse el ejercicio del derecho a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad en nombre del Estado y a los trabajadores de los servicios esenciales¹²⁷.

¹²⁶ SSTC 80/2000, de 27 de marzo; 224/2000, de 2 de octubre; y 85/2001, de 26 de marzo.

¹²⁷ ODERO, Alberto. “El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT”. *Relaciones Laborales*. 1999-1, p. 61-65. Hay que tener en cuenta que el posible respaldo al derecho de

En el derecho español disponemos de una norma de la transición política creada con la vocación de regular los principales aspectos de los conflictos colectivos y del derecho de huelga para los trabajadores asalariados de régimen laboral. Precisamente, en el enjuiciamiento del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, nuestro Tribunal Constitucional ya advirtió de que dicha norma se limita a regular el derecho de huelga en el ámbito de las relaciones laborales, afirmando que el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está regulado, y por consiguiente, tampoco prohibido por nuestro texto constitucional¹²⁸.

De hecho, pensamos que la Constitución ni reconoce ni impide el derecho de huelga de los funcionarios públicos. Tal como sucedía con el de negociación colectiva, el derecho de huelga en el ámbito de la función pública es, o mejor dicho podría ser considerado por nuestro Tribunal Constitucional, como un derecho de creación legal, que en la medida en que se regula por el legislador forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical de los funcionarios con la configuración y adaptación que corresponda a las peculiaridades de la relación estatutaria¹²⁹.

En esta dirección convendría recordar que además del reconocimiento explícito que supone la referencia hecha por el artículo 2.2 d), en conexión con su artículo 1.1 LOLS, a la comprensión

huelga de los funcionarios públicos se ha querido encontrar accediendo a otras normas internacionales, como el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de septiembre de 1966, ratificado por España el 20 de abril de 1977, y el artículo 6.4 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, ratificada por España el 9 de junio de 1980, pero el primero de estos tratados no impide someter a restricciones legales el ejercicio de tales derechos por los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado, mientras que el artículo 6 de la Carta fue ratificado por España bajo reserva de interpretación a la luz de los artículos 28, 37, 103.3 y 127 CE, al respecto, Blasco Esteve, Avelino. La huelga de los funcionarios públicos. En MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (III)*. Madrid: Civitas, 1991, 2627-268. Tanto el Pacto como la Carta pueden ser utilizados como criterios interpretativos del artículo 28.2 CE al amparo de lo prevenido en el artículo 10.2 CE, pero difícilmente pueden tomarse como argumento autónomo y concluyente que permita afirmar el reconocimiento del derecho de huelga de los funcionarios, tal como se reconoce por alguna doctrina, GÓMEZ CABALLERO, Pedro. "El derecho de huelga en la Función Pública". *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 27, 1986, p. 391.

¹²⁸ STC 11/1981, de 8 de abril.

¹²⁹ Un pronunciamiento cercano a esta posición puede encontrarse en GARCÍA MURCIA, Joaquín. "El derecho de huelga en España: nuevas piezas para un sistema inacabado". En CABEZA PEREIRO, Jaime y Martínez Girón, Jesús (Coordinadores). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Ediciones Laborum, 2008, p. 358-360, donde se afirma que el "eventual" derecho de huelga de los funcionarios públicos no tiene raigambre constitucional, siendo la ley, en definitiva, la encargada de reconocerlo en su caso, sugiriendo que el camino para hacerlo no pasa directamente por el artículo 28.2 CE, sino por el entorno constitucional y legal de dicho precepto, es decir, por el derecho de libertad sindical y por la legislación específica de empleo público, tal como ha sucedido en el artículo 15.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en el que, dentro de una regla general dedicada a los "derechos individuales ejercidos colectivamente", se proclama el derecho "al ejercicio de la huelga", acompañado de una exigencia de "garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad".

del ejercicio del derecho de huelga en el ámbito de la libertad sindical de los funcionarios, nuestra legislación pública la admitió como un derecho de los funcionarios al prever la correspondiente deducción de haberes en la disposición adicional 12ª LMRFP, pero también dejó abierta la puerta a la prohibición para determinados grupos de funcionarios al establecer en su artículo 31.1 LMRFP, como falta muy grave, la participación en huelgas a los funcionarios que las tuvieran expresamente prohibidas por la ley. De hecho, la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, prohíbe el ejercicio del derecho de huelga a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, entre los que se encuentran también los cuerpos de policía dependientes de las corporaciones locales¹³⁰.

De todas formas, es evidente que las peculiaridades del ejercicio del derecho de huelga ha de ser regulado por una ley, y que dicha norma habrá de atender a los aspectos principales de la institución que conciernan a los contenidos esenciales de su regulación, determinando con precisión quiénes son los titulares del derecho, cuáles son sus requisitos de licitud, qué ha de considerarse como huelgas ilegales, cómo puede asegurarse la garantía de los servicios públicos que sean calificados como esenciales para la comunidad, cuáles son los efectos y la naturaleza jurídica del pacto de fin de huelga en la función pública, en qué consisten las consecuencias sobre los funcionarios de la conducta de participación en la huelga legal e ilegal o cómo puede ponerse fin a las huelgas que supongan un perjuicio grave sobre los usuarios de los servicios públicos.

En otro orden de consideraciones, conviene advertir de que la falta de un reconocimiento expreso del derecho de huelga a los funcionarios ha sido sustituido en las normas internacionales por la admisión de la posible solución o tratamiento de los conflictos colectivos: “mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren confianza a los interesados”, tal como propone el artículo 8 del Convenio 151 OIT.

Por tanto, puede considerarse ajustada y oportuna una intervención legislativa tendente a la incorporación de los contenidos del Convenio citado al ordenamiento jurídico español que promocióne la utilización de medios de solución de los conflictos que se produzcan en la negociación entre las autoridades y las organizaciones de empleados públicos para la

¹³⁰ Al respecto, MARTÍN VALVERDE, Antonio. “El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo”. En CABEZA PEREIRO, Jaime y MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús (Coordinadores). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Ediciones Laborum, 2008, p. 202-205.

determinación de las condiciones de trabajo mediante la negociación misma o a través de procedimientos independientes e imparciales como pueden ser la mediación o el arbitraje.

Dicha creación legal estaría en todo caso sujeta a una serie de condicionamientos, ya que se debería tener presente que la capacidad para promover la utilización de dichos procedimientos corresponde a las partes de la negociación, y más concretamente, a las autoridades públicas y a las organizaciones sindicales representativas de los funcionarios, que los conflictos tratados se han de referir a la determinación de las condiciones de empleo y, por último, que los procedimientos para la solución de conflictos han de inspirar la confianza de los interesados, lo que parece remitir a instituciones de mediación, conciliación y arbitraje en los que participen voluntariamente las partes en la negociación colectiva, tal como sugiere el Convenio 154 OIT¹³¹.

Parece pues que, siguiendo la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y a la luz de los tratados internacionales suscritos por España, relativos a la protección del derecho de sindicación en la Administración pública, cabría considerar consustancial al derecho de libertad sindical la capacidad de las organizaciones sindicales de los funcionarios para promover la solución de los conflictos colectivos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo a través de la negociación o mediante procedimientos independientes e imparciales que inspiren la confianza de los interesados. Ello supondría la obligación para los Estados firmantes de promover procedimientos de negociación o, alternativamente, de conciliación, mediación y arbitraje para solucionar los conflictos que surjan con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo en la función pública que respeten los condicionamientos citados¹³².

Con todo, el artículo 37.2 CE reconoce a los trabajadores el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo. Por tanto, dicho derecho parece referirse a medidas de presión distintas de la huelga con un fin reivindicativo. De hecho el artículo 37.2 CE se refiere a medidas de conflicto y no a medios de solución de conflictos, aunque una visión amplia del precepto ha permitido incorporar al mismo los procedimientos de solución pacífica de conflictos colectivos que seguramente hallarían un mejor acomodo como derivación del derecho de libertad sindical

¹³¹ OJEDA AVILÉS, Antonio. La negociación colectiva de los funcionarios públicos, *ob. cit.*, p. 338-341. Esto no es óbice para que la implantación de tales medios de solución de conflictos se predique tanto de los conflictos de intereses como de los conflictos jurídicos, tal como se afirma en DEL REY GUANTER, Salvador. *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*. Madrid: Ministerio para las Administraciones Públicas, 1991, p. 74.

¹³² BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. Las peculiaridades del conflicto colectivo de trabajo en el ámbito de la función pública. Guipúzcoa: Universidad del País Vasco, 2006, p. 75.

y del de negociación colectiva. Desde esta perspectiva, lo que parece consagrar el artículo 37.2 CE es un derecho a adoptar medidas de presión reivindicativas que pueden alterar el correcto funcionamiento de los servicios esenciales para la comunidad, por ello la referencia expresa a que la ley que regule el ejercicio del derecho incluirá las garantías precisas para asegurar el funcionamiento de los servicios esenciales de la comunidad, parece ser una invitación expresa al legislador para la configuración de dicho derecho, la definición o enumeración de las medidas de conflicto alternativas a la huelga y el establecimiento de sus límites.

De hecho el conflicto colectivo, al igual que sucede con la huelga, tiene entre sus contenidos una serie de facultades que deberían ser objeto de determinación legal como pueden ser la titularidad de la promoción o iniciativa del conflicto, las posibles conductas conflictivas y sus posibilidades de licitud en un entorno público, el régimen de las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, la negociación durante el conflicto y el valor del acuerdo de finalización, las consecuencias individuales para los funcionarios que se adhieran al mismo y el procedimiento para la terminación de un conflicto que suponga un perjuicio grave sobre los usuarios de los servicios esenciales¹³³.

En todo caso, resulta difícil incluir dentro de este derecho la adopción de procedimientos de solución de conflictos que en el Convenio 151 OIT se plantean con ocasión de la determinación de las condiciones de empleo y como alternativa, precisamente, a los medios de conflicto. Como ya hemos dicho, parece lógico considerar que el derecho de negociación colectiva incluiría entre una de sus manifestaciones, el establecimiento de fórmulas pacíficas de composición de los conflictos surgidos durante el proceso de negociación, procedimientos que quedarían al margen de la adopción de las medidas de conflicto a que se refiere el artículo 37.2 CE¹³⁴.

Sin embargo, hay que ser conscientes de que la jurisprudencia constitucional en la materia parece conectar los medios de solución con el artículo 37.2 CE, entendiendo que la libertad sindical implica la incoación de conflictos utilizando los procedimientos legalmente previstos para el planteamiento y solución pacífica de los mismos, lo que supondría que nuestro Tribunal Constitucional está incluyendo dentro del artículo 37.2 CE el derecho a incoar conflictos a

¹³³ En esta dirección LAHERA FORTEZA, Jesús. La titularidad de los derechos colectivos, *ob. cit.*, p. 111.

¹³⁴ LAHERA FORTEZA, Jesús. La titularidad de los derechos colectivos, *ob.cit.*, p. 106-107. Con todo no faltan posiciones que defienden que el artículo 37.2 CE puede llegar a tener un carácter comprensivo, integrador tanto de las medidas de presión colectiva diferentes de la huelga como de los procedimientos de solución de conflicto, tal como se puede ver en CRUZ VILLALÓN, Jesús. La mediación en la solución de conflictos en la función pública. En GAMERO CASADO, Eduardo; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones públicas*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2006, p. 36.

través de medios de solución como pueden ser los de conciliación, mediación o arbitraje, cosa que comporta no solo el derecho al planteamiento del conflicto sino también el derecho a crear medios propios y autónomos de solución¹³⁵.

Las peculiaridades del derecho de libertad sindical de los funcionarios se extienden también a la existencia en nuestras Administraciones públicas de unos órganos específicos de representación y procedimientos propios de consulta y negociación. De hecho, los órganos de representación de los funcionarios no tienen reconocimiento legal, sino que son creación de la ley y su constitución y función no guarda una relación directa con el artículo 28.1 CE y poseen solo una relación indirecta con el artículo 129.2 CE. La regulación de estos órganos constituye una parte del Estatuto de los funcionarios relativa a la participación de la representación del personal en las Administraciones públicas, cuyo contacto con el derecho de libertad sindical se limita a su utilización y referencia como elemento para la determinación de la representatividad que se mide por la presencia del sindicato, o para regular los derechos de los sindicatos en relación con ellos¹³⁶.

Ahora bien, cabe suponer que la regulación del régimen estatutario incluye la de los órganos de representación de los mismos y comporta una normación sustantiva de un derecho de representación y defensa de los intereses profesionales ante la Administración pública como empleadora que incide en la relación de servicios y que conforma el propio modelo de función pública, por lo que el tratamiento de sus aspectos esenciales ha de quedar reservada a la ley¹³⁷.

Sencillamente, los órganos de representación son creación de la ley y solo poseen las competencias que esta les atribuye expresamente sin perjuicio de que puedan considerarse un medio apto para la medición de la representatividad sindical y un instrumento adicional del ejercicio de su actividad, entendiendo que el reconocimiento legal a los sindicatos de la capacidad para promover el proceso electoral a dichos órganos y para presentar las pertinentes candidaturas, pese a derivar de una previsión legal, son facultades que se integran en la libertad sindical, tanto en su aspecto colectivo como en su aspecto individual¹³⁸.

En consecuencia se ha podido afirmar que determinados elementos del sistema de órganos de representación pueden considerarse como esenciales, y en esta consideración reservados a la ley, y más concretamente a la ley básica estatal, como pueden ser todos aquellos que guarden

¹³⁵ LAHERA FORTEZA, Jesús. La titularidad de los derechos colectivos, *ob.cit.*, p. 109-110.

¹³⁶ SSTC 98/1985, de 29 de julio; y 5/2011, de 14 de febrero.

¹³⁷ SSTC 102/1988, de 8 de junio; y 140/1990, de 20 de septiembre.

¹³⁸ STC 104/1987, de 17 de junio.

relación con la constitución y dotación numérica de los órganos de representación, las condiciones de elegibilidad, la duración del mandato, la facultad de promoción de las elecciones sindicales y la prohibición de división por categorías del personal funcionario en la constitución de las unidades electorales, previsiones todas ellas que, o bien inciden en aspectos estructurales del sistema de representación, o bien guardan relación con la determinación homogénea, y en su momento simultánea, del sistema de representatividad sindical¹³⁹.

3.2.3. Reserva de ley y sistema de incompatibilidades

Entre las materias que ha de regular el estatuto de los funcionarios públicos está la de un “sistema de incompatibilidades”. La misma idea de sistema hace referencia a un conjunto de elementos con relaciones de interacción e independencia que ordenadamente contribuyen a un determinado objeto relacionado con el sistema de trabajo del personal adscrito al servicio de la Administración pública.

De hecho, el sistema entero de incompatibilidades requiere el rango de ley por imperativo constitucional. La finalidad de las incompatibilidades puede ser, según los casos, garantizar la separación de funciones, la transparencia pública en la correspondiente gestión, o, incluso, la imparcialidad de la actividad administrativa. Pero aunque en el artículo 103.3 CE, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas aparecen uno al lado de las otras, la imparcialidad no es la única finalidad constitucionalmente posible en el caso de las incompatibilidades de los funcionarios públicos.

Lo cierto es que a “las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones” se refiere el artículo citado como objeto de regulación mediante Ley, pero no es menos cierto que el propio precepto distingue esa regulación de la del “sistema de incompatibilidades”. En palabras de nuestra jurisprudencia constitucional, puede llegarse fácilmente a la conclusión de que sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad no son dos ámbitos o círculos absolutamente coincidentes, de modo que si bien la garantía de la imparcialidad puede ser una de las finalidades del sistema o del régimen legal de incompatibilidades de los empleados públicos, constitucionalmente no tiene por qué ser la única finalidad de dicho régimen¹⁴⁰.

¹³⁹ STC 140/1990, de 20 de septiembre. Al respecto, CASAS BAHAMONDE, María Emilia. “Representaciones unitarias de funcionarios públicos, competencias autonómicas y derechos históricos forales; algunas determinaciones básicas, y no básicas, de la Ley 9/1987, de 12 de junio”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 48, 1991, p. 647-648.

¹⁴⁰ STC 178/1989, de 2 de noviembre.

De modo similar principios consagrados constitucionalmente en otros artículos de la Carta fundamental, como puede ser el principio de eficacia que debe presidir toda actuación de la Administración y, en consecuencia, la organización y la actividad del aparato burocrático o, dicho de otro modo, el régimen del cumplimiento de los deberes para con el servicio público desempeñado, entendido este en sentido amplio puede ser objeto del sistema de incompatibilidades. Además, si la eficacia es uno de los principios a que pueda responder un régimen de incompatibilidades, tal principio no tiene por qué excluir la existencia de otros que puedan condicionarlo al tratar de alcanzar otras finalidades, igualmente legítimas, constitucionalmente hablando, entre las que pueden estar las señaladas en el artículo 40 CE, que contiene un mandato a los poderes públicos para que se esfuercen en la realización de una política orientada a la plena ocupación. El objetivo de una mejor distribución del empleo público puede considerarse ajustado a la Constitución, aunque de ello pueda derivarse que el régimen de incompatibilidades contenga una serie de restricciones para quienes disfrutan o pudiera disfrutar de más de un empleo¹⁴¹.

La libertad de conformación del legislador en lo que respecta al sistema de incompatibilidades es muy amplia, de modo que, siempre que se respeten los principios que derivan de la Constitución, aquél puede optar por muy variadas soluciones que pueden ir de un modelo estricto a otro más laxo, en función de criterios exclusivamente políticos sobre el alcance y extensión del sistema de incompatibilidades. Por lo tanto, puede aceptarse la necesidad de una cierta adecuación entre fines y medios para su cumplimiento sobretodo en la introducción de limitaciones o condiciones para el ejercicio del derecho al trabajo en el ámbito de las Administraciones públicas, respetándose siempre la legitimidad de una pluralidad de opciones legislativas en la regulación de la materia.

En todo caso, el sistema de incompatibilidades presupone la regulación del trabajo desempeñado al servicio de la Administración y, más concretamente, las condiciones y requisitos del desempeño del mismo y su compatibilidad con otra actividad profesional o laboral distinta a la propia del empleo público.

¹⁴¹ Es por eso que se ha afirmado que toda la materia relativa al sistema de incompatibilidades requiera rango de Ley, por entender que en la parcela a la que se refieren las incompatibilidades en sentido estricto, la reserva está contenida en el artículo 103.3 CE; la referida a la organización de la Administración y a las que se derivan para establecer un sistema de trabajo eficaz, tiene la reserva legal del artículo 103.2 CE; las medidas sobre políticas de empleo en cuanto suponen una variación del Estatuto de los Trabajadores, la reserva legal se desprende del análisis conjunto de los artículos 35, 40 y 53.3 CE, tal como se puede ver en ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. "El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos del sector público". *Documentación Administrativa*. Nº 210-211, 1987, p. 238.

En este marco el Tribunal Constitucional parece reconocer un contenido propio de nuestro sistema jurídico de función pública consistente en la incompatibilidad para ejercer a la vez el desempeño de dos o más puestos públicos, para desempeñar determinadas funciones públicas y actividades profesionales, para percibir dos o más retribuciones con cargo al erario público y para simultanear haberes activos y pasivos¹⁴². A dicho contenido hay que añadir por una lógica implícita la configuración sustantiva de las situaciones de compatibilidad y las exclusiones del régimen de incompatibilidades, incluyendo también las consecuencias retributivas de la incompatibilidad para pagar la dedicación prevista y su posibilidad de renuncia¹⁴³.

La obligada existencia en nuestra función pública de un sistema completo y armónico de incompatibilidades inspirado en una serie de principios constitucionales como pueden ser los de imparcialidad, eficacia y pleno empleo, con un contenido “tradicional” relacionado con el establecimiento de una serie prohibiciones, limitaciones, requisitos o condiciones para reconocer o autorizar el desempeño dos o más puestos de trabajo en el sector público, para asumir determinadas funciones públicas y realizar una serie de actividades profesionales, para percibir dos o más retribuciones públicas o para simultanear haberes activos y pasivos, junto con el régimen de excepción de actividades sometidas a incompatibilidad y las consecuencias retributivas que pudieran anudarse al régimen de incompatibilidades y su posibilidad de renuncia, parecen formar parte del mandato y de la reserva que se establece en el artículo 103.3 CE para el legislador del Estatuto de los funcionarios¹⁴⁴.

3.2.4. Reserva de ley y garantías para la imparcialidad

El artículo 103.3 CE introduce como un ámbito material del estatuto de los funcionarios públicos las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones. Pero el concepto de imparcialidad en nuestro derecho positivo no es una noción completamente definida. Los conceptos de neutralidad, objetividad o imparcialidad se utilizan desde una perspectiva orgánica como capacidad de la Administración para actuar en función de sus intereses

¹⁴² SSTC 178/1989, de 2 de noviembre; y 68/1990, de 5 de abril.

¹⁴³ STC 197/2012, de 6 de noviembre.

¹⁴⁴ La obligada existencia de un sistema de incompatibilidades que obedezca a una serie de finalidades constitucionales fundamentadas en los principios esenciales de organización y actividad de la Administración pública establecidos en el artículo 103.2 Ce se afirma en MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos*. Barcelona: Bosch, 2007, p. 51; Sobre las diferencias existentes en nuestro régimen jurídico de incompatibilidades entre el sistema de autorizaciones y reconocimiento de la compatibilidad nos remitimos al trabajo de GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio. “Algunas consideraciones sobre el reconocimiento específico de la compatibilidad de determinadas actividades profesionales de los empleados públicos”. *Anales del Derecho de la Universidad de Murcia*. Nº 24, 2006, p. 44-46.

institucionales asegurando a los ciudadanos a los que la Administración sirve una posición esencial de igualdad. Desde esta perspectiva la Administración imparcial, la Administración objetiva, ejerce su función sin otro condicionamiento que los intereses generales a los que sirve.

Con todo, nuestra doctrina constitucional ha advertido de que el mandato de objetividad se dirige a la Administración Pública en cuanto tal, no a los servidores que la integran, y su ubicación sistemática hay que encontrarla en el artículo 103.1 CE, junto a los otros principios de organización y acción que estructuran el estatuto constitucional de la Administración pública. La imparcialidad a la que se refiere el artículo 103.3 CE remite a las garantías en el ejercicio de funciones públicas. Para afrontar esta cuestión hay que distinguir entre una garantía *ad extra*, es decir, en las relaciones con los administrados, consistentes en una serie de cautelas legales, entre las que ocupa un lugar destacado la obligación de abstención y la posibilidad de recusación de los funcionarios cuando concurren determinadas circunstancias previstas legalmente que pueden poner en peligro objetivo la rectitud de su actuación, y una vertiente interna de la imparcialidad relativa a la posición del funcionario frente al poder político o frente a otros intereses que enturbien el criterio objetivo y neutral que ha de presidir su actuación¹⁴⁵.

Nuestra jurisprudencia constitucional nos advierte también de que no hay que confundir las garantías de imparcialidad y el sistema de incompatibilidades¹⁴⁶. Ciertamente el sistema de incompatibilidades en cuanto garantiza la separación de funciones públicas y privadas en la correspondiente gestión y previene posibles conflictos de intereses, es sin duda una garantía de imparcialidad. Pero el ámbito de coincidencia parece agotarse aquí. El sistema de incompatibilidades no previene contra la intromisión de intereses políticos en el ejercicio de funciones públicas¹⁴⁷. Aquí las garantías para la imparcialidad remiten a otros conceptos y guardan relación con la inamovilidad característica del funcionario de carrera y con la determinación legal de un sistema de derechos y deberes que actúan a modo de un régimen jurídico adecuado que asegure la imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas¹⁴⁸.

Existe pues en nuestra tradición jurídica una relación entre la imparcialidad, la estabilidad y el estatuto de los funcionarios que convendría matizar. En la visión tradicional, la imparcialidad

¹⁴⁵ STC 235/2000, de 5 de octubre

¹⁴⁶ STC 178/1989, de 2 de noviembre.

¹⁴⁷ Al respecto, GIL CREMADES, Rafael. *La imparcialidad en la función pública*. Zaragoza: Editorial Reus, 2008, p. 37-39.

¹⁴⁸ Se privilegia de esta manera una concepción individualista o subjetiva de la imparcialidad de los funcionarios relacionada estrechamente con la existencia de garantías esenciales –inamovilidad, derecho al cargo- y garantías suplementarias –relacionadas con la carrera y el mantenimiento de un determinado nivel retributivo-. Véase al respecto el voto particular incorporado a la STC 235/2000, de 5 de octubre.

se obtiene a través de la permanencia en la función y en el marco de un sistema de carrera que asegure la progresión a través de un sistema de puestos mediante un mecanismo predeterminado y estricto de valoración del mérito. Simplificando la situación puede afirmarse que la estabilidad en la función y la carrera presuponen las garantías necesarias para sustraer a la función pública de la contaminación política en el ejercicio de funciones de carácter profesional.

Con todo, el derecho a la inamovilidad o el derecho al cargo, entendidos como fórmulas diversas utilizadas para describir la particular posición que mantiene el funcionario de carrera con la Administración y el endurecimiento de las garantías de empleo, se resuelve en un derecho a no ser privado de la condición de funcionario si no es por las causas y con las garantías formales que señale la ley. Por tanto, la reserva de ley a la que hace referencia la inamovilidad funcional como garantía de imparcialidad es una reserva de causa y de procedimiento frente a un posible cese arbitrario. La ley ha de señalar las causas de pérdida de la condición de funcionario y el procedimiento objetivo de su acreditación. Sin duda, dentro del derecho a la inamovilidad o del derecho al cargo habría que incluir el derecho a ejercer funciones propias de la condición profesional del funcionario, el derecho a una ocupación efectiva como garantía de la profesionalidad y el derecho al desempeño de su función sin intromisiones ilegítimas, tal como previene la jurisprudencia constitucional¹⁴⁹. A partir de ahí las garantías para la imparcialidad parecen resolverse en el derecho al mantenimiento de la condición de funcionario público, al ejercicio efectivo de funciones públicas propias de su clasificación profesional y a que dicho ejercicio se realice sin intromisiones ilegítimas. Lógicamente ello debería ser completado con un derecho a la progresión en la carrera profesional según los principios de mérito y capacidad y en base a la implantación de sistemas determinados y objetivos. Más allá de los temas planteados que han de quedar confiados a la ley resulta delicado extender las garantías para la imparcialidad al sistema de derechos y deberes de los funcionarios públicos si no se quiere configurar un sistema de empleo público enormemente rígido y reservado en su mayor parte a fuentes unilaterales de origen legal¹⁵⁰.

¹⁴⁹ STC 32/1985, de 6 de marzo.

¹⁵⁰ Para un análisis detallado de la tensión entre imparcialidad, sistema de derechos y estatuto legal de los funcionarios que acaban excluyendo nuevos valores como la productividad y la flexibilidad relacionados con la modernización de las Administraciones públicas, puede verse, GARDINI, Gianluca. *Imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*. Milán: Giuffrè Editore, 2003, p. 209-222.

3.2.5. Sobre el contenido de la reserva de ley en materia de función pública

Nuestra Constitución consagra la existencia de un específico estatuto jurídico para la prestación de servicios a la Administración pública que ha de contener una serie de elementos que deben necesariamente regularse por ley. Dichos aspectos resultan determinados por el artículo 103.3 CE y refieren al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, a las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación, al sistema de incompatibilidades y a las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Una lectura atenta de la jurisprudencia constitucional en la materia nos permite afirmar de una manera abstracta, aunque no privada ya de un cierto nivel de concreción, que los diferentes contenidos posibles de estas expresiones remiten a los aspectos siguientes:

- a) La reserva de ley en materia de acceso incorpora la regulación de los requisitos y condiciones de acceso de carácter general que se considera compatible con la colaboración reglamentaria para el establecimiento de los específicos de tipo positivo que guarden relación con la función a desempeñar sin que las normas secundarias puedan determinar por vía negativa exclusiones o prohibiciones de acceso para grupos determinados de ciudadanos que no encuentren una cobertura específica en los preceptos de la ley.
- b) La reserva de ley en esta materia integra la configuración de la posible dispensa excepcional de los requisitos o condiciones de acceso prevista en las normas ordenadoras del estatuto de los funcionarios y, más específicamente, la regulación de procedimientos restringidos de acceso que se considera estrechamente vinculados a un acceso libre e igualitario.
- c) La reserva de ley en materia de acceso comprende también la regulación de una serie de criterios genéricos para garantizar la independencia y la preparación técnica de los tribunales y las comisiones de selección sin imponer una composición concreta.
- d) La reserva legal en materia de requisitos y condiciones de acceso, se extiende también a la provisión de puestos de trabajo entendida como un sistema de promoción profesional, aunque se admite que resulta posible establecer requisitos y condiciones de provisión de puestos de trabajo de carácter específico por vía reglamentaria de acuerdo con las necesidades de los servicios y procedimientos especiales de provisión de puestos en función de la diversidad funcional existente en nuestras Administraciones públicas.
- e) La regulación legal del acceso presupone un derecho al mantenimiento de la vinculación funcional a través de las vicisitudes por las que pueda pasar la relación de empleo público.

Dicha afirmación conlleva que el régimen jurídico del sistema de las principales situaciones en las que en cada momento puede encontrarse el funcionario con respecto a la respectiva Administración ha de quedar reservado a la ley que ha de regular la causa, el supuesto concreto y la consecuencia jurídica de cada una de estas posiciones.

f) El derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas exige que las leyes tipifiquen las causas mismas de extinción de la relación de servicio con carácter general y abstracto pero de una manera cerrada y limitada, por lo que las normas reglamentarias no pueden prever o diversificar los supuestos de extinción de la relación funcionarial.

g) La garantía de estabilidad en una función pública remite siempre al ejercicio de la misma, por lo que el derecho de acceso se afirma con el desempeño efectivo de la función de acuerdo con lo previsto en la ley, lo que reserva a dicho instrumento normativo fijar o determinar el contenido de la función a través de un sistema de agrupación profesional que históricamente adopta el modelo de cuerpos y escalas; de aquí la necesidad de que la ley defina las estructuras corporativas a las que se adscriben los funcionarios a través de normas generales que pauten su creación, modificación y supresión.

h) La legislación que señale las peculiaridades del derecho de libertad sindical de los funcionarios habrá de determinar de una forma específica los derechos de actividad de sus representaciones sindicales; ello comprende el reconocimiento legal del derecho a la negociación colectiva y la correlativa configuración de los órganos de negociación, el objeto de esta, las líneas generales del procedimiento negocial y los efectos jurídicos asignados a los productos resultantes de la actividad convencional.

i) De la misma manera, el pretendido derecho de huelga de los funcionarios deberá reconocerse por una norma con rango de ley que atienda a los contenidos esenciales de su regulación determinando quiénes son los titulares del derecho, cuáles son los requisitos de su ejercicio, cómo puede asegurarse la garantía del servicio esencial, cuáles son los efectos y la naturaleza jurídica del acuerdo de fin del conflicto, qué consecuencias conlleva para los funcionarios su participación en una huelga legal o ilegal y cómo puede ponerse fin a las huelgas que supongan un perjuicio grave para el interés público.

j) El legislador del estatuto de los funcionarios habrá de asumir una regulación de sus conflictos colectivos y de sus medios de solución. Ello exige atender a un doble orden de preocupaciones; de un lado habrá que determinar el régimen del conflicto colectivo señalando las posibles conductas conflictivas, su titularidad y su licitud en un entorno público, las posibilidades de

negociación o de interposición de terceros y el valor de los posibles acuerdos de solución, el régimen de garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales, las consecuencias para los funcionarios que participen en los mismos y el procedimiento para su terminación en supuestos de riesgo grave para los intereses públicos; por otra parte habrá que atender al establecimiento promocional de fórmulas de solución de conflictos, lo que comporta la regulación del derecho a crear medios de solución y del derecho a plantear el conflicto ante estos medios respetando las referencias internacionales que preservan la capacidad negociadora de las autoridades y de los sindicatos para la articulación de este tipo de medios, que han de inspirar la confianza de los interesados a través de la utilización de sistemas y procedimientos independientes e imparciales de composición.

k) La regulación de las peculiaridades del derecho de libertad sindical de los funcionarios se extienden también a la existencia de unos órganos específicos de representación y procedimientos propios de información y consulta. Dichos órganos han de ser una creación de la ley, que les ha de atribuir un perfil funcional cierto y ha de regular expresamente todos aquellos aspectos que guarden relación con su constitución y dotación numérica, condiciones de elegibilidad, duración del mandato, facultades de promoción de las elecciones sindicales y división por categorías a efectos electorales, aspectos todos ellos que por incidir en elementos estructurales tienen reflejo en el sistema de representación sindical.

l) La ley del estatuto de los funcionarios ha de contener un sistema de incompatibilidades completo y armónico que puede responder a una variedad de principios constitucionales para cuya determinación goza el legislador estatutario de una amplia libertad, dicho régimen habrá de regular la incompatibilidad y el régimen de autorización o reconocimiento de la compatibilidad para ejercer uno o más trabajos públicos, para el desempeño de un trabajo público con otras actividades privadas o profesionales o para la percepción de dos o más sueldos o pensiones públicas; a dicho contenido hay que añadir la determinación de las actividades excluidas del régimen de incompatibilidades y las consecuencias retributivas de los diversos tipos de incompatibilidades incluyendo, si procede, su régimen de renuncia.

m) Lo que puedan ser las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas no es un concepto preciso y compacto sino indeterminado y complejo, susceptible de dividirse en diferentes ámbitos, el legislador del estatuto deberá garantizar una situación de permanencia y estabilidad en el ejercicio de funciones públicas correspondientes a la estructura profesional de encuadramiento que proteja al funcionario frente a posibles condicionamientos de naturaleza

fundamentalmente política, estas garantías deberán complementarse con el establecimiento de un sistema legal de carrera en base al principio de mérito y a la implantación de sistemas determinados y objetivos de progresión del funcionario público en el modelo establecido.

Pero estas páginas no deben cerrarse sin poner en evidencia una cuestión esencial: el dibujo que se desprende de un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional sobre la reserva de ley en materia de función pública contrasta con la definición formal de la reserva predeterminada en abstracto por el mismo Tribunal Constitucional.

El obligado punto de partida resulta ser aquí el pronunciamiento contenido en la STC 99/1987, de 11 de julio, cuando se afirma que en el primer inciso de su artículo 103.3 la Constitución ha reservado a la ley la regulación de la situación personal de los funcionarios públicos y de su relación de servicio o “régimen estatutario”, utilizando la expresión que figura en el artículo 149.1.18 de la Norma fundamental, recordando que “Es este, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en esta pueden darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas”. La descripción así realizada presupone una serie de ámbitos comprensivos del estatuto de los funcionarios públicos que nos releva una amplia coincidencia con el programa legislativo que el texto constitucional impone al legislador del estatuto.

Dicha coincidencia resulta plena en las regulaciones que atiendan a la adquisición o pérdida de la condición de funcionario; a la provisión de puestos; a la promoción y a la carrera; a las situaciones administrativas; a la creación, integración o supresión de estructuras profesionales en términos de cuerpos y escalas funcionariales; a la determinación de responsabilidades y al régimen disciplinario en cuanto a garantías últimas del ejercicio imparcial de funciones públicas, pero pierde pie cuando señala que el entero sistema de derechos y deberes de los funcionarios queda reservado a la ley, una cláusula de estilo que en la práctica tiene una indudable trascendencia por lo que presupone y por lo que implica. Lo que presupone resulta lógico y evidente: “el” estatuto es un sistema de derechos y deberes determinado legalmente en

sus aspectos esenciales¹⁵¹. Lo que puede llegar a implicar ya no resulta claro si se acepta que el entero sistema de derechos y deberes de los funcionarios públicos puede ser objeto de una determinación legal que en la práctica acabe vaciando de contenido el espacio material de la negociación de las condiciones de trabajo transmutadas en “derechos” o “deberes” de los funcionarios, o si se quiere apurar el argumento trasladándolo a las condiciones de ejercicio de esos mismos “derechos” y “deberes”.

Por tanto, las condiciones de trabajo de los funcionarios convertidas en derechos estatutarios se integran en una pretendida reserva legal y sirven de coartada a medidas legales de intervención a través de las cuales el legislador estatal establece las principales condiciones de trabajo de los funcionarios practicando una verdadera brecha en el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios¹⁵².

De esta manera se acaba formulando el denominado “componente estatutario” de la relación de función pública, como un sistema de derechos y deberes determinado legal y reglamentariamente, comprensivo de las condiciones de trabajo de los funcionarios con una indudable capacidad de atracción de una serie de posibles ámbitos materiales que podrían ser objeto de negociación, ya que se trata de un enunciado de carácter general que permite incluir a diferentes tipos de derechos y de deberes en una reserva de ley de carácter inespecífico que en la práctica puede acabar incorporando el entero sistema jurídico en el que nace, se desenvuelve y ordena la condición de funcionario¹⁵³. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de los Tribunales Superiores de Justicia incidirán en este aspecto.

¹⁵¹ La STC 154/2017, de 21 de diciembre, al hilo de las competencias de la Comunidad Foral de Navarra en materia de función pública, especificará que los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios: “se trata de las situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo de régimen estatutario de los funcionarios y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto”.

¹⁵² En esa dirección hay que subrayar que una parte importante del EBEP se construye en torno al esquema de derechos y deberes de los funcionarios públicos, incluyéndose entre los derechos, el derecho a la carrera profesional y a la promoción interna, los derechos retributivos, el derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional y el derecho de reunión, el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones, y los deberes de los empleados públicos con inclusión de su código de conducta.

¹⁵³ De hecho, la STC 31/2010, de 28 de junio, nos dirá que la carrera administrativa y el régimen retributivo pueden incluirse entre los derechos de los funcionarios, mientras que el régimen disciplinario guarda una estrecha relación con sus deberes. Las SSTC 156/2015, de 9 de julio; 9/2016, de 21 de enero; 66/2016, de 14 de abril; 67/2016, de 14 de abril; 84/2016, de 28 de abril; 99/2016, de 25 de mayo; 119/2016, de 23 de junio; 158/2016, de 22 de septiembre; 43/2017, de 27 de abril; y 142/2017, de 12 de octubre, afirmarán que no cabe duda de que los preceptos relativos a las vacaciones, licencias y permisos o a la fijación de la duración mínima de la jornada de trabajo, constituyen una serie de previsiones integradas en la esfera de “derechos y deberes” de los funcionarios, quedando justificada su determinación legal por el Estado, en tanto que estamos ante unas medidas que garantizan una mínima homogeneidad en diferentes aspectos del régimen funcional como es el tiempo de trabajo, la dedicación exigible a todo funcionario o los diferentes conceptos de ausencia temporal justificada en el puesto de trabajo. Queremos advertir de que no se quiere discutir aquí una posible intervención limitada y temporal del Estado sobre determinadas condiciones de trabajo como puede ser la que afecte al tiempo de trabajo o las vacaciones, licencias

3.3. La reserva de ley en materia de función pública: una perspectiva jurisprudencial

El Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación estricta y formal sobre la reserva de ley en materia de función pública que a todos los efectos presupone la asunción de una imagen institucional del régimen estatutario como un sistema acabado y cerrado construido por las leyes del Estado y las de las comunidades autónomas en base a una serie de notas de pormenorización, rigidez y uniformidad que devienen características del estatuto funcional¹⁵⁴.

En este marco la negociación colectiva de los funcionarios no tiene, no puede tener, la amplitud, la extensión ni el alcance de la negociación colectiva laboral, resultando aquella más limitada y estrecha que esta. Una aseveración que en parte se explica en función de la posición de la materia en un sistema de pluralismo legislativo que opera en base a una diferenciación entre la ley estatal y la autonómica, de manera que la regulación de dicho ámbito se lleva a cabo por una suma de legisladores que se ocupan de tramos diversos de su ordenación, comprensivos de unas bases pero también de unas normas de concreción y desarrollo que acaban agotando el espacio que podría corresponder a otros agentes normativos y tipos de regulación¹⁵⁵. Sencillamente, la problemática de la extralimitación de poderes normativos no se agota en los conflictos entre norma básica estatal y norma de desarrollo autonómico sino que alcanza también al espacio propio de la autonomía local y de la autonomía colectiva. Es evidente que las posibilidades de regulación significativa de una materia resultan limitadas cuando la regulación de una fuente normativa repercute sobre las otras, de aquí que el exceso en la legislación básica produzca un efecto de desplazamiento del sentido y alcance de la ley de desarrollo autonómico que a su vez acaba impactando sobre el ámbito autónomo del poder normativo local y sobre las posibilidades de su negociación colectiva¹⁵⁶.

y permisos de los funcionarios, fundamentada siempre en razones de política económica general y dirigida a la contención del gasto de personal en el sector público, lo que se critica aquí es la conversión de dichas intervenciones en verdaderas regulaciones de los derechos y deberes de los funcionarios y su intromisión en el espacio organizativo propio de un determinado ente territorial proyectada sobre la capacidad de configuración de sus servicios. Recordemos al efecto que desde la temprana STC 63/1986, de 21 de mayo, las medidas de contención de gastos de personal no se han encuadrado nunca en la materia “funcionarios públicos”, sino que se han situado bajo el de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del artículo 149.1.13 CE, en relación con el principio de coordinación entre haciendas territoriales que prevé el artículo 156.1 CE.

¹⁵⁴ Al respecto las SSTs de 19 de abril de 1991, RJ/1991/6238; y de 22 de octubre de 1993, RJ/1993/7544.

¹⁵⁵ Sobre la construcción de ese particular sistema de pluralismo legislativo en el modelo constitucional español, nos remitimos al trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

¹⁵⁶ Destacando la importancia de este fenómeno, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L. “El sistema normatiu de la funció pública local”. MAURI, Joan (coordinador). *Quina funció pública volem per als nostres ajuntaments?* Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 2003, p. 20.

Recordemos al respecto la distinta configuración y posición del legislador laboral, un legislador único, encarnado por el Estado, cuya competencia exclusiva en función del artículo 149.1.7 CE se extiende a toda la legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas, y cuyo estatuto de los trabajadores permite un diálogo directo con el convenio colectivo, al señalarse en su artículo 3 ET las fuentes de la relación laboral entre las que se encuentran unos convenios colectivos que gozan de prioridad aplicativa sobre los reglamentos para determinar condiciones de trabajo distintas a las establecidas en las leyes que han de desarrollar y completar¹⁵⁷.

Pero no se trata solo de eso. El derecho de negociación colectiva ha de incardinarse dentro del propio régimen estatutario con el alcance y la configuración que determine la ley que lo regule, ley que ha de enumerar las materias incluidas y las vedadas a la negociación, lo que hace más restrictivo el ámbito de una concertación que no puede fundamentarse en el principio general de libertad de negociación que conlleva el modelo consagrado en el artículo 37 CE y desarrollado por las fórmulas referidas en los artículos 82 y 85 ET que, dentro del respeto a las leyes, permiten a los convenios colectivos la regulación de todas las materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales.

Además en toda esta argumentación resulta pertinente advertir de la falta de diferenciación que se produce entre la reserva de ley y el principio de competencia. En el razonamiento de nuestro Tribunal Supremo se entremezclan los argumentos relacionados con el ámbito de la ley y el principio de jerarquía normativa, con los derivados del principio de competencia. Así, se afirma que el ámbito de la autonomía contractual no empieza donde acaba la reserva de ley, que en base a una asimilación analógica con el modelo laboral operaría como mínimo de derecho necesario, advirtiéndose de que el marco de contractualidad está en correlación con el contenido de las potestades normativas del órgano correspondiente, lo que ni siquiera permitiría una proyección residual sobre los espacios que la regulación de la función pública a través del Estatuto dejará sin cubrir, por lo que se acaba rechazando la idea de que el bloque legislativo

¹⁵⁷ Tal como se dice en la STS del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2009, ROJ/STS/6436/2009: “Es, sin duda, la negociación colectiva la que ha de determinar el alcance y contenido de las condiciones del personal laboral, y a ese marco regulador ha de reconducirse también el sistema retributivo de dicho personal, sin perjuicio de las limitaciones presupuestarias a las que se refiere el art. 21 de la Ley 7/2007”. En la misma dirección, advirtiendo de que es la negociación colectiva la que ha de determinar las condiciones de personal laboral al servicio de la Administración, aún a despecho de las previsiones del EBEP, se puede ver la STSJ de Galicia de 6 de julio de 2012, JUR/2012/265560.

integrado por la legislación básica del Estado y la de desarrollo de la correspondiente comunidad autónoma sea identificable con una plataforma de mínimos sobre las 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, refrendada por la respectiva corporación municipal¹⁵⁸.

La conclusión última de estas decisiones conlleva una serie de notas de indudable importancia como pueden ser las siguientes:

a) La preeminencia del principio de reserva de ley en la configuración del régimen estatutario al servicio de la uniformidad, la homogeneidad y la equiparación del sistema de derechos y deberes de los funcionarios de las distintas Administraciones públicas.

b) La configuración de dicho régimen como un sistema trabado por el ordenamiento básico del Estado y el de desarrollo de las comunidades autónomas, lo que comporta un modelo de regulación dotado de un elevado grado de densidad, concreción y minuciosidad, configurado intensamente por normas de origen legal de carácter necesario, cerrado y no disponible.

¹⁵⁸ La importancia de este pronunciamiento contenido en la STS de 22 de octubre de 1993, RJ/1993/7544, merece que procedamos a su reproducción íntegra: “en términos de *lege data*, no es posible aceptar como ámbitos de la autonomía contractual la tesis de asimilación analógica, postulada por el Ayuntamiento apelante (“parece ser la interpretación adecuada que el ámbito de la negociación empieza donde acaba la reserva de ley, que así opera como mínimo de derecho necesario, al igual que en el ámbito laboral, al que acudir obligadamente por analogía ...”); ni siquiera la competencia residual que se reclama en la sentencia: (“... la regulación de la función pública a través del Estatuto (...) no tiene por qué ser exhaustiva, y el propio Estatuto puede dejar un espacio sin cubrir, como en el ámbito laboral; remitiendo su determinación a la negociación entre las partes ...”). La enumeración de las incluidas y vedadas a la negociación colectiva funcionarial, contenida respectivamente en los arts. 32 y 36.2 de la Ley 9/1987, no solo hacen sustancialmente más restrictiva su regulación que la resultante de los arts. 82 y 85 de la Ley 8/1980 para los actores laborales, sino que tiene, también, el referente insoslayable de que los acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas o Pleno de las Entidades Locales (art. 35 Ley 9/1987); precepto que, a su vez, guarda relación con el art. 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 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 pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales –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 que lo que no está prohibido por la ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación, refrendado por la respectiva Corporación Municipal”. Hay que resaltar que la decisión enunciada intenta contrarrestar la doctrina insinuada en la STS de 30 de mayo de 1992, RJ/1992/4454, de la que puede deducirse la consideración de la legislación básica estatal como un mínimo para los funcionarios locales susceptible de mejora, con el argumento de que es la misma ley la que reconoce el derecho de negociación de este personal, una posición que parece querer arrumarse con rotundidad en el pronunciamiento reproducido.

- c) La consideración del objeto de la negociación como una materia que ha de estar incluida entre las que se consideran como negociables en la ley que regula el estatuto de los funcionarios.
- d) La consideración del objeto de la negociación como una materia atribuida a la competencia propia del órgano cuya representación la va a negociar.
- e) La imposibilidad de realizar una interpretación extensiva de la materia objeto de la negociación que la haga coincidir con el sistema de derechos y deberes propio del estatuto de los funcionarios.
- f) La negativa a considerar el espacio no cubierto por la ley como un ámbito abierto susceptible de negociación.
- g) El rechazo de la analogía con el sistema de relaciones laborales propio del trabajo privado para la construcción del ámbito de la negociación y la no consideración de los preceptos legales como normas de “mínimos” que pudieran ser susceptibles de suplemento o mejora por la autonomía colectiva.

Tal planteamiento va a tener una indudable transcendencia y proyección en años sucesivos repitiéndose en todo o en parte en una serie de pronunciamientos¹⁵⁹. En todo caso, la argumentación así construida va a eludir un análisis sistemático de lo que pueda ser el contenido de la reserva de ley en materia de función pública o de las formulas o criterios utilizados para delimitar el ámbito reservado. En un primer momento, parece resolverse caso a caso con referencia expresa al carácter legal del estatuto funcional y a los contenidos expresos del artículo 103.3 CE que el estatuto ha de incorporar, entre los que se incluye el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones¹⁶⁰.

Un cambio cualitativo en esta posición supondrá la asunción por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de la delimitación realizada por la STC 99/1987, de 11 de junio, del enunciado

¹⁵⁹ SSTs de 4 de mayo de 1994, RJ/1994/4315; de 1 de febrero de 1995, RJ/1995/1210; de 30 de junio de 1995, RJ/1995/5107; de 4 de diciembre de 1995, RJ/1996/1564; de 14 de octubre de 1996, RJ/1996/7543; de 18 de noviembre de 1996, RJ/1996/9749; de 3 de febrero de 1997, RJ/1997/923; de 10 de febrero de 1997, RJ/1997/1409; de 30 de junio de 1997, RJ/1997/6138; de 27 de septiembre de 2000, RJ/2000/8597; de 21 de marzo de 2002, RJ/2002/4319; de 29 de enero de 2002, RJ/2002/6985; de 15 de junio de 2004, RJ/2004/3953; y de 14 de diciembre de 2006, RJ/2006/9592.

¹⁶⁰ Una reserva a favor de la ley que “apunta claramente hacia la profesionalización de la función pública y su regulación a nivel del Estado con criterios en cierto modo de igualdad y solidaridad”, tal como se dice en las SSTs de 28 de mayo de 1984, RJ/1984/3932; y 25 de junio de 1984, RJ/1984/3648.

constitucional “estatuto de los funcionarios públicos” como parámetro único y preciso de enjuiciamiento a efectos de valorar la correspondiente corrección de la regulación de unos acuerdos colectivos a los que se reconoce un evidente carácter normativo¹⁶¹. Como ya sabemos en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional declara que en la expresión “estatuto de los funcionarios” utilizada por el artículo 103.3 CE ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y a las situaciones que en esta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidades de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones públicas, de manera que las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional del artículo 103.3 CE, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos.

Afirmado este criterio de interpretación, la conclusión es obvia: el entero sistema de derechos y deberes de los funcionarios queda reservado a la ley. El principio de reserva de ley se refiere al núcleo esencial de derechos y deberes de los funcionarios públicos. A partir de ahí puede afirmarse sin recato que la determinación de factores de una particular estructura retributiva resulta ser elemento principal de la relación de función pública, de la misma manera que merecen esta consideración un sistema de vacaciones y permisos, o el establecimiento de una jornada anual de trabajo en una organización pública. Ello es así porque nuestra doctrina judicial los considera aspectos esenciales en la definición del sistema de derechos y obligaciones propio de la relación de servicios. Por esa razón resulta que la reserva de ley del estatuto funcional abarca las materias citadas u otras atinentes a las condiciones de trabajo de los funcionarios por lo que consiguientemente se descarta la posibilidad de negociación sobre ellas¹⁶².

En consecuencia, al derecho de negociación de los funcionarios se le opone una reserva legal que no resulta expresamente enunciada en el artículo 103.3 CE, entre aquellos aspectos esenciales de los que ha de conocer la ley que regula el estatuto de los funcionarios, un concepto

¹⁶¹ Un proceso que se apunta en las SSTs de 10 de octubre de 1997, RJ/1997/7678; 21 de marzo de 2002, RJ/2002/4318; 1 de septiembre de 2004, RJ/2004/5605; y 8 de marzo de 2005, RJ/2005/2044, manifestándose claramente en la STS de 19 de octubre 2005, RJ/2005/8265, que se refiere expresamente a la STC 99/1987, de 11 de junio para precisar la “manera de operar la reserva que establece el artículo 103.3 CE para que sean regulados por Ley diversos ámbitos de la función pública”, planteamiento que se utilizará ya con toda claridad en las SSTs de 11 de febrero de 2009, RJ/2009/983; de 25 de febrero de 2009, RJ/2009/1105; y de 16 de septiembre de 2009, JUR/2009/423737.

¹⁶² STS de 14 de diciembre de 2006, RJ/2006/9592.

este, el de los derechos y deberes de los funcionarios, de carácter genérico y horizontal, cuyo alcance resulta difícil precisar y que aparece dotado de una extraordinaria capacidad expansiva y de una natural incidencia sobre aquellas condiciones de trabajo que tradicionalmente forman parte de los procesos de negociación.

Para corroborar esta posición resulta útil referirse a la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, donde se afirman una serie de tesis que van a influir sobre el ámbito material de la negociación en el sistema de función pública:

a) La natural vinculación de la Administración al principio de reserva de ley, a la ley misma y a la observancia de determinados principios constitucionales como puede ser el que tiende a asegurar la posición institucional de la Administración como servidora objetiva del interés general¹⁶³.

b) La admisión de la tesis del “componente estatutario” de la relación de empleo público, a partir de la cual se arguye que la razón justificativa del diferente trato dado a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública descansa en la lógica estatutaria que preside la relación de empleo público, de manera que las condiciones básicas de trabajo de los funcionarios son prefijadas unilateralmente por la ley y por normas jurídicas objetivas de diferente rango y nivel, sin que estos puedan, a priori, reformar los aspectos esenciales de su régimen jurídico a través de la negociación colectiva¹⁶⁴. Dicho de otra manera, el componente estatutario de la relación impone que el reconocimiento de derechos a los funcionarios este reservado a la ley, que no necesariamente habrá de ser una ley estatal¹⁶⁵.

c) El carácter legal y el componente estatutario de la relación de servicios del funcionario, provocan que las normas legales no puedan tener el carácter de mínimos mejorables sino de condiciones legales rígidas –reforzadas en muchos casos por su carácter básico- por lo que

¹⁶³ STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de octubre de 2004, JUR/2004/286138. La STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2013, JUR/2013/341095, advertirá de que: “la negociación de los funcionarios tiene aún mayores peculiaridades que guardan relación con el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho y la necesidad de salvaguardar la eficacia de la Administración y la regularidad de los servicios públicos, esto es, la exigencia de amparar los fines de interés público que están por encima de los intereses individuales o colectivos de los funcionarios”.

¹⁶⁴ STSJ de Aragón de 28 de noviembre de 2000, JUR/2000/193207; de Galicia de 23 de julio de 2008, JUR/2008/265141; y de Galicia de 24 de octubre de 2012, JUR/2012/354913.

¹⁶⁵ STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2000, RJCA/2000/2414; de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2004, RJCA/2005/167; y de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2007, JUR/2007/309176. Algunos de estos pronunciamientos señalaran que si es la ley la que directamente reconoce los derechos de los funcionarios será difícilmente sostenible que el diseño y alcance de dichos derechos pueda ser fijado, en lo esencial, mediante la capacidad autónoma de las partes, a través de procedimientos concertados vinculantes.

tampoco puede aplicarse a aquellas la teoría laboral de la norma más favorable o de la condición más beneficiosa¹⁶⁶.

c) La reserva de ley en materia de empleo público tiene como fundamento y objeto el mantenimiento del principio de igualdad de todas las funciones públicas territoriales del que se desprende la esencial homogeneidad del sistema de derechos y deberes propios del estatuto en el que se fundamenta el régimen de los funcionarios, por lo que dichos derechos y deberes deben tener un tratamiento unitario, sin que resulte procedente establecer desarrollos a través de la negociación colectiva que den lugar a desigualdades¹⁶⁷.

Por último, no estará de más advertir de la aparición en la jurisprudencia de nuestros Tribunales de Justicia de una cierta reacción ante una doctrina tan cerrada con los derechos de negociación colectiva de los funcionarios, que adopta una posición más flexible, advirtiendo de que sin duda en la negociación se han de tener en cuenta las condiciones y límites establecidos por la Ley, pero no es dable hacer una interpretación tan extensiva de los mismos que prácticamente se anule la posibilidad misma de la negociación, al dejarla prácticamente sin objeto¹⁶⁸.

3.4. Ley estatal y autonómica en la configuración de la reserva sobre función pública local

Las normas que resultan aptas para satisfacer la reserva de ley en materia de función pública local no se limitan a las bases estatales o a las leyes de las comunidades autónomas sobre función pública. Los funcionarios locales están sujetos a la legislación general de empleo público pero también a la legislación específica del régimen local, tal como nos recuerda el artículo 92 LRBRL, reintroducido por ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. De esta manera los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen por lo dispuesto en la legislación básica de régimen local, y en lo no dispuesto por ella, por el EBEP, por la restante legislación del Estado en materia de función

¹⁶⁶ SSTSJ de Galicia de 7 de abril de 2004, RJCA/2004/932; de Galicia de 9 de diciembre de 2004, RJCA/2005/167; de Galicia de 3 de junio de 2009, RJCA/2009/566, del País Vasco, de 31 de enero, de 2008, RJCA/2008/365; y de Andalucía, Sevilla, de 5 de noviembre de 2009, JUR/2010/331998.

¹⁶⁷ STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001, JUR/2001/324159. Una interesante reflexión al respecto se encuentra en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2004, JUR/2005/801, donde se advierte que: “a nadie escapa, que las mejoras que se van reconociendo, no se introducen con carácter general y en términos igualitarios para la totalidad de los funcionarios (...), sino que se van reconociendo de forma modalizada, por grupos, categorías, por anualidades, etc., de manera que las exigencias del principio de igualdad no operan con igual rigor cuanto nos hallamos ante mejoras del régimen jurídico básico estatutario, fruto de la negociación colectiva, pues de lo contrario se privaría a esta de la flexibilidad que le es propia”.

¹⁶⁸ STSJ de Cantabria de 21 de julio de 2009, JUR/2009/374920; de Andalucía, Málaga, de 17 de noviembre de 2010, JUR/2011/96156; y de Andalucía, Málaga, de 21 de marzo de 2011, JUR/2011/342624.

pública, así como por la legislación de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 de la Constitución.

Por tanto, la legislación básica de régimen local que regula la función pública resulta de directa aplicación, y en su defecto, procede la aplicación de las normas del EBEP y de la función pública general que se consideran básicas¹⁶⁹. En este esquema parece que la legislación de régimen local asume una posición de preeminencia, ya que las normas de función pública general se aplican en lo no dispuesto por ella. Sin embargo sucede que las normas contenidas en el EBEP pretenden ser aquello que es común al conjunto de funcionarios de todas las Administraciones públicas, con lo que en la práctica la función de la legislación básica de régimen local sería la de complementar, desarrollar o adaptar el propio EBEP a las peculiaridades organizativas de la Administración local¹⁷⁰. De aquí que se haya considerado sensato presumir que las normas básicas de régimen local y las de la función pública general establecen entre ellas una relación de concurrencia normativa, entendiendo que las dudas que puedan surgir han de resolverse siempre en base a un principio de coherencia y en su defecto otorgando prioridad al mantenimiento de las instituciones esenciales que configuran el modelo burocrático establecido para el conjunto de las Administraciones públicas españolas¹⁷¹.

El problema es que la relación de concurrencia normativa que se predica del bloque básico que regula la función pública local parece presuponer una compatibilidad de modelos institucionales que, hoy por hoy, puede resultar difícil dados los diferentes momentos históricos de su producción normativa, por lo que otorgar una preferencia aplicativa a la legislación de personal contenida en el régimen local podría acabar produciendo un desajuste de difícil solución¹⁷².

¹⁶⁹ Más concretamente la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de riesgos laborales y los preceptos de la LMRFP que no han sido derogados o que gozan de una vigencia transitoria hasta la aprobación por el Estado o las comunidades autónomas de las correspondientes leyes de función pública.

¹⁷⁰ En este sentido la tesis de FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Función pública local”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. *Manual de Derecho Local*. Madrid: IUSTEL, 2010, p. 346-347.

¹⁷¹ La tesis de la necesaria concurrencia de las reglas que regulan la función pública general y la de la Administración local en PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Régimen jurídico del personal al servicio de las Entidades Locales”, en COBO OLVERA, Tomás. *Tratado de Derecho local*. Pamplona: Aranzadi, 2010, p. 1307.

¹⁷² Al respecto siguen siendo válidas las reflexiones contenidas en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael; CASTILLO BLANCO, Federico. *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009, p. 19. También la lúcida reflexión de SOSA WAGNER, Francisco. “La función pública local”. En PALLARES MORENO, Manuel y SANCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El estatuto de la función pública ¿La reforma adecuada?* Sevilla: Genesisan, 1999, p. 133, subrayando el hecho de la convivencia en el ordenamiento jurídico de la función pública de distintos preceptos correspondientes a diferentes etapas históricas de la vida política española que producen la sensación de un sistema abigarrado y complejo.

Por consiguiente, la tesis más prudente consiste en procurar la búsqueda del mayor grado de compatibilidad y aplicación de la legislación específica de función pública local y de función pública general, y ante su imposibilidad diferenciar la función que cumple cada una de las bases en presencia: una la de asegurar determinadas especialidades propias del gobierno local, otra la de garantizar un marco común a la institución burocrática para el sistema de Administraciones españolas. De la misma manera, parece esencial atender al momento temporal de producción de la norma y acudir al criterio cronológico para la resolución de las posibles antinomias que pudieran surgir optando siempre por la preferencia de la legislación básica posterior en el tiempo sobre la norma anterior. En esta dirección resultaría poco discutible la prioridad aplicativa de los preceptos en materia de personal introducidos por el propio LRSAL, mientras que los establecidos en la primitiva redacción de la LRBRL y en las otras normas básicas del régimen local, deberían superar un análisis de compatibilidad con el redactado del propio EBEP, una ley básica estatal que por cierto los declaro derogados en todo aquello que supusiera una contradicción o una oposición con lo dispuesto en su contenido¹⁷³.

Cuestión distinta es lo que haya pretendido el legislador de la LRSAL con la recuperación del antiguo redactado del artículo 92 LRBRL, que a nuestro parecer no ha sido precisamente el encauzamiento legislativo y la garantía normativa de la autonomía local en materia de personal¹⁷⁴.

No estará de más advertir de que la legislación estatal básica de régimen local se constituye por los preceptos del Título VII LRBRL que regula el personal al servicio de las entidades locales, pero también por los artículos TRRL que han podido conservar su naturaleza básica. Además habrá que contar con el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, que establece las reglas básicas y los programas mínimos a los que ha de ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios locales y con el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, regulador del régimen

¹⁷³ Este parece ser el criterio mantenido por SERRANO PASCUAL, Antonio. “El empleo público en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: claroscuros y falta de apuesta firme por la modernización y por un modelo funcional de lucha contra la corrupción”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Nº 5, 2014, p.591, cuando expresamente dice: “Aunque es cierto, en este sentido, que, como dice el propio preámbulo de la LRBRL, a través de ella se desarrolla la garantía constitucional de la autonomía local, según lo cual, acudiendo al principio de competencia, la LRBRL ocupa una especial posición ordinamental, al estarle reservada esa función garantizadora de la autonomía local, con independencia de que en el plano formal sea una ley ordinaria, y que el propio Tribunal Constitucional –por todas, la STC 159/2001- ha reconocido que tiene una singular y una específica naturaleza y posición en el ordenamiento jurídico (STC 259/1988), integrándose sin dificultad en aquella parte que sea concreción de principios constitucionales dentro del llamado bloque de constitucionalidad; hay que pensar también que, no obstante su carácter estructural, en caso de conflicto con otra legislación básica, debería resolverse interpretativamente acudiendo al criterio de preferencia de la legislación básica posterior”.

¹⁷⁴ Esa es la función que a juicio de la doctrina ha de cumplir la legislación específica de función pública local, tal como se afirma en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. *Manual de Derecho local*, *ob.cit.*, p. 347.

retributivo de estos funcionarios, modificado por el Real Decreto 158/1996, de 2 de febrero. Es más, la vigencia de estas últimas normas de refundición y desarrollo habrá de comprobarse en cada caso teniendo en cuenta dos factores distintos: en primer lugar, la subsistencia o no de la norma básica que puede actuar como referencia de un precepto concreto contenido en los textos mencionados, especialmente del Texto Refundido, una vigencia que puede resultar problemática después de las últimas reformas legales que han atravesado el ordenamiento de la función pública general y que han provocado la derogación de una buena cantidad de preceptos de las leyes anteriores; en segundo lugar, convendrá explorar también hasta qué punto las normas de régimen local dictadas en base a las habilitaciones contenidas en la LRBRL, normas que en su día se calificaron como básicas, pueden seguirse manteniendo como tales por resultar compatibles con las que regulan el sistema general de empleo público introducidas con la aprobación del EBEP¹⁷⁵.

De hecho, las normas contenidas en la LRBRL sirvieron en su día para contextualizar en el ámbito local las medidas de reforma de la función pública general introducidas por la LMRFP, recoger las peculiaridades derivadas de la propia organización local, pero también, y principalmente, para establecer una serie de preceptos sobre competencias, equivalencias y límites que permitían “completar” el régimen jurídico de la función pública local desde una perspectiva claramente homogeneizadora tomando como referencia el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración del Estado.

En cuanto a los preceptos atributivos de competencias, hay que subrayar que el artículo 90 LRBRL habilita al Estado para establecer normas básicas con arreglo a las cuales se habrán de confeccionar las relaciones de puestos de trabajo de las corporaciones locales y constituir registros de personal, así como las normas de la carrera administrativa y de la promoción interna. También, el artículo 91 LRBRL advierte que las corporaciones locales han de formar públicamente su oferta de empleo ajustándose a los criterios fijados en la normativa básica estatal. En esa misma dirección, el artículo 100 LRBRL permite que la Administración del Estado pueda establecer reglamentariamente las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección y formación de los funcionarios de las corporaciones locales¹⁷⁶.

¹⁷⁵ En esta dirección pueden recuperarse ahora las observaciones formuladas por SERRANO PASCUAL, Antonio. “El sistema de fonts de les entitats locals (I)”. Quaderns de Dret Local. Nº 2, 2003, p. 35.

¹⁷⁶ En base a este encargo normativo se dicta el Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de

Por otra parte, el artículo 93 LRBRL, establece un principio básico de equiparación de la estructura retributiva y de los criterios de valoración objetiva de dichas retribuciones a las establecidas con carácter general para toda la función pública. La misma lógica de identificación se produce en el artículo 94 LRBRL con respecto a la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local, que será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado, aplicándose las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada. Para terminar con el capítulo de equivalencias, hay que referirse al artículo 101 LRBRL, donde se señala que serán de aplicación a los procesos de provisión de puestos de trabajo que hayan de ser cubiertos por funcionarios las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas.

En el capítulo de los límites hay que referirse en primer lugar a los estrictamente retributivos, de los que resulta ser una expresiva muestra el artículo 93 LRBRL que prevé una capacidad autónoma de las corporaciones locales para establecer las retribuciones complementarias de sus funcionarios pero dentro de los límites máximos y mínimos que se señalen por el Estado¹⁷⁷. Un Estado que en base al nuevo artículo 75 bis LRBRL, redactado de conformidad con las previsiones de la LRSAL, detenta ahora la posibilidad de establecer a través de las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado el límite máximo y mínimo total que por todos los conceptos retributivos pueda percibir el personal al servicio de las entidades locales en función del grupo profesional, así como de otros factores que se puedan determinar en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado de cada año. Límites son también los introducidos recientemente por el artículo 104 bis LRBRL que se imponen a las dotaciones de puestos de trabajo de personal eventual que puedan existir en las diferentes Administraciones locales y a su asignación funcional¹⁷⁸. Y para terminar con este apartado, un límite implícito con una indudable capacidad de proyección sobre diferentes aspectos del régimen jurídico del personal local puede localizarse en la disposición final segunda LRBRL cuando se advierte de que: “Los

Administración local; en uso de esta atribución la exposición de motivos de la norma resalta el carácter básico de los preceptos contenidos en la misma.

¹⁷⁷ Precisamente, el Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de Administración local, va a fundamentarse en el artículo 93 LRBRL, donde se advierte de que las retribuciones básicas de los funcionarios locales tendrán la misma estructura y cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública, y que las retribuciones complementarias se atenderán a la estructura y criterios de valoración objetiva de las del resto de los funcionarios públicos, si bien su cuantía global será fijada por el pleno de la Corporación, dentro de los límites máximos y mínimos que se fijen por el Estado.

¹⁷⁸ Con la corrección introducida por la STC 54/2017, de 11 de mayo, que ha declarado la inconstitucionalidad de la prohibición de contar con personal eventual respecto a las entidades locales o sus organismos dependientes que no sean Ayuntamientos, Diputaciones, Consejos y Cabildos Insulares, y ha expulsado de nuestro ordenamiento jurídico la limitación, establecida a modo de condición general, de la asignación de dicho personal a los “servicios generales” de la entidad local.

funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado y estará integrada en el Sistema de Seguridad Social”.

Recapitulando, la legislación de régimen local que regula el personal funcionario habilita al Estado para la producción de normas básicas en materia de oferta pública de empleo, relaciones de puestos de trabajo, registros de personal, carrera y promoción interna, retribuciones y selección. Además, las normas que la integran establecen una serie de equivalencias con el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración del Estado en materias tales como las estructuras y los factores retributivos, la jornada de trabajo, la provisión de puestos y la protección social, con una indudable capacidad de condicionamiento de la autonomía local. Finalmente dichas normas establecen una serie de límites y condiciones a la cuantía de las retribuciones y a la dotación de puestos de trabajo de personal eventual.

Por tanto, habilitaciones a los poderes normativos del Estado, equivalencias de régimen jurídico con los funcionarios del Estado y límites a los poderes normativos propios de la autonomía local. Ese es el contenido esencial de la legislación específica de régimen local que ahora se recupera y al que puede haber servido la alteración del sistema de fuentes producido por la LRSAL.

Desde esta perspectiva la legislación específica sobre función pública local no actuaría como un instrumento de autonomía sino como un instrumento esencial para mantener un grado de coherencia y homogeneidad con el modelo de empleo público establecido con carácter general por el EBEP y la legislación de función pública general, y en los últimos tiempos, como un vehículo de la recentralización propia de la estabilidad presupuestaria monopolizada por el Estado.

Con todo, el capítulo de personal de la LRBRL, incluso en su versión reformada por LRSAL, no presupuso en su día, no presupone ahora por sí mismo, un sistema acabado de empleo público, sino pura y simplemente la existencia de una serie de “particularidades” orgánicas y de reservas dadas en beneficio del legislador estatal que le permiten desarrollar aquella legislación a través de normas que a su vez se consideran básicas.

La situación varía sustancialmente si se tiene en cuenta la aprobación del TRRL, que fue dictado por el Gobierno en ejercicio de la autorización contenida en la disposición final primera LRBRL. Dicha norma produce un efecto no menor sobre el régimen jurídico del personal al servicio de las entidades locales al reintroducir una buena parte de las previsiones contenidas

en el Real Decreto 3048/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales y otros extremos.

A partir de ahí los preceptos del TRRL recuperan un esquema acabado del personal al servicio de las entidades locales con regulación expresa de los instrumentos de gestión de personal; los tipos de personal; el acceso y la pérdida de la condición de funcionario local; las situaciones administrativas; las recompensas, permisos, licencias y vacaciones; la asistencia médico-farmacéutica; las obligaciones; el régimen de incompatibilidades y el sistema de faltas y sanciones; las remuneraciones, ayuda familiar e indemnizaciones; la estructura profesional de escalas y subescalas con inclusión de sus funciones; y el sistema de provisión de puestos.

La intervención mencionada se acompaña de otra que produce el efecto de cierre o clausura del sistema de fuentes propio del régimen jurídico de la función pública. En el planteamiento dibujado por el TRRL la regulación de las diversas instituciones del sistema de función pública local se obtiene de las normas básicas de régimen local y de función pública, de las que dicte el Estado en uso de las autorizaciones contenidas en los preceptos de la LRBRL, de la legislación que sobre función pública local pueda establecer la comunidad autónoma y supletoriamente, y eso es lo importante, de las normas que regulan el régimen jurídico de los funcionarios al servicio de la Administración del Estado.

Dicho esquema puede detectarse en el artículo 134.2 TRRL, donde en materia de promoción interna se advierte de que: “Serán aplicables las normas de la presente Ley, y las que dicte el Estado en uso de las autorizaciones contenidas en los artículos 98.1 y 100.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril; en los no previsto en ellas, la reglamentación que para el ingreso en la función pública establezca la respectiva Comunidad Autónoma, y supletoriamente, el Real Decreto 2223/1984, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración del Estado”. En la misma dirección, el artículo 140.2 TRRL previene para las situaciones administrativas que: “Dichas situaciones se regularán por la normativa básica estatal, y por la legislación de función pública de la respectiva Comunidad Autónoma y, supletoriamente, por la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado, teniéndose en cuenta las peculiaridades del régimen local”. Un esquema similar puede advertirse en el artículo 142 TRRL, donde se señala que: “Los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma y, en

todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública”. En el mismo sentido se puede citar el artículo 143 TRRL, cuando nos dice que: “Los funcionarios de Administración local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública.” La misma lógica se hace evidente en el artículo 147 TRRL donde se advierte de que las faltas muy graves serán las tipificadas por la legislación básica de la función pública, mientras que las faltas graves y leves serán las establecidas en la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma y supletoriamente en la legislación de funcionarios civiles del Estado.

Asimismo conviene señalar que no faltan en el TRRL normas que remiten aspectos esenciales del régimen jurídico de los funcionarios locales a preceptos propios de la regulación de la función pública general que suele ser la estatal o la referida a los funcionarios civiles de la Administración del Estado. Así, por ejemplo, el artículo 139 TRRL determina que: “Los derechos pasivos de los funcionarios de Administración Local se regirán por su legislación específica que deberá ser homologada a la normativa general de los funcionarios civiles del Estado. De igual forma, cuando se trate de funcionarios con jornada reducida se aplicaran principios análogos a los establecidos para los funcionarios del Estado”. En igual sentido, el artículo 145 TRRL reenvía el régimen de incompatibilidades de los funcionarios de la Administración local a lo establecido con carácter general para la función pública en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración local; o el artículo 153 TRRL remite la estructura, criterios de valoración objetiva y, en su caso, cuantías de las diversas retribuciones de los funcionarios de la Administración local a las previsiones de la Ley 7/1985, de 2 de abril. La misma lógica se hace patente en el artículo 157 TRRL, donde se dice que: “La ayuda familiar, las indemnizaciones por razón del servicio o por residencia en ciertos lugares del territorio nacional del personal al servicio de las Corporaciones locales que tengan derecho a ellas, serán las mismas que correspondan al personal al servicio de la Administración del Estado”.

De esta manera, resulta evidente el predominio de las fuentes normativas del Estado en la configuración del sistema de la función pública local. Un predominio que aparece reforzado si se tienen en cuenta el doble título competencial sobre el que puede abordarse esta materia en base a la competencia para establecer las bases del régimen jurídico de los funcionarios públicos y las bases del régimen local. Este es un aspecto que debe enfatizarse en nuestro discurso: a las normas básicas establecidas por la legislación de régimen local hay que sumar las normas básicas establecidas en la legislación de empleo público. Por tanto el bloque de lo básico que

se proyecta sobre el estatuto de los funcionarios locales se constituye por las normas del régimen local pero también por las normas del empleo público que les resultan de directa aplicación.

Solo así cobra sentido el artículo 92.1 LRBRL que nos dice que los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen por lo dispuesto en la legislación de régimen local y por lo dispuesto en el EBEP y la restante legislación básica del Estado en materia de función pública, aplicándose la legislación de las comunidades autónomas en los términos del artículo 149.1.18 CE. Por tanto, al amplio espacio cubierto por unas bases contenidas en la LRBRL y en TRRL que dotan al Estado de una serie de autorizaciones y remisiones que permiten la introducción de normas básicas de segundo nivel en la compartición de la materia, hay que sumar la remisión a la legislación básica general de función pública y advertir del indudable juego que a los poderes normativos del Estado pueden ofrecer las cláusulas de supletoriedad contenidas en el propio EBEP o en la legislación de funcionarios civiles del propio Estado, constituyendo un sólido bloque normativo que acaba condicionado de manera decisiva un régimen jurídico de la función pública local que difícilmente puede hacerse con un espacio autónomo¹⁷⁹.

Además poco o nada ayuda a la construcción de este particular sistema de función pública la remisión a la legislación de función pública de la comunidad autónoma, una referencia de carácter inespecífico que ha permitido a nuestras comunidades autónomas recurrir al fácil mecanismo de la identificación con el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración de la respectiva comunidad.

A título de ejemplo puede citarse aquí el artículo 300.1 del Decreto legislativo 2/2003, de 28 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Catalunya, donde se dice que: “El régimen estatutario de los funcionarios locales en lo que concierne a la adquisición y la pérdida de la condición de funcionario, las situaciones administrativas, los derechos sindicales y de participación, las vacaciones, las licencias y los permisos, los deberes y las responsabilidades, y el régimen disciplinario tienen que ser idénticos a los de los funcionarios de la Administración de la Generalidad”¹⁸⁰. Se dibuja de esta manera

¹⁷⁹ Recordemos que el artículo 1.5 LMRFP disponía que: “La presente Ley tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluidas en su ámbito de aplicación”. En el mismo sentido el artículo 1.3 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, nos dice que: “Este Reglamento tendrá carácter supletorio para todos los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado no incluidos en su ámbito de aplicación y los de las restantes Administraciones públicas”.

¹⁸⁰ Esta o una cláusula similar se contiene en diferentes leyes autonómicas referidas a la Administración local. Así, la Ley foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, establece en su artículo 233.1, que el

el principio de identidad entre funciones públicas territoriales que parece pretender una construcción simétrica de la función pública de la comunidad autónoma y de la función pública local, principio que en otras latitudes aparece como un sucedáneo de una malentendida igualdad tendente a garantizar un sistema de derechos homogéneos de los funcionarios locales que pueda situarse al margen de la autonomía local¹⁸¹.

A partir de ahí la posición de la norma local en la prelación de fuentes en materia de función pública, y con ella la capacidad de intervención de la autonomía colectiva sobre la misma, queda condicionada y disminuida por un esquema donde imperan las leyes y las intervenciones reglamentarias del Estado que pueden revestirse de naturaleza básica, la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma formulada en términos de equivalencia o identidad del régimen estatutario de los funcionarios locales con el de los autonómicos, actuando como normas de clausura del sistema las que se desprenden de la legislación de funcionarios civiles del Estado que a todos los efectos se considera como supletoria de los posibles vacíos que puedan producirse en las leyes autonómicas.

De esta manera se configura un régimen legal de la función pública local completo, acabado y cerrado a las normas de la autonomía local, cuya salvaguardia en caso de existir exigiría siempre un elevado grado de análisis y una indudable capacidad de interpretación, sustituible con ventaja por el correspondiente operador jurídico en base a una simple operación de derivación de un precepto de la ley básica, de la ley autonómica o de la legislación supletoria del Estado concerniente a su función pública, ya que siempre existe un precepto del ordenamiento jurídico

personal al servicio de las entidades locales de Navarra se regirá, en lo no dispuesto por esta Ley, por el Estatuto del personal al servicio de las Administraciones Públicas de Navarra; el artículo 239 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, señala que el régimen estatutario de los funcionarios locales en cuanto a la adquisición y pérdida de su condición, las situaciones administrativas, los derechos sindicales, de negociación colectiva y participación, derechos, deberes y responsabilidades y el régimen disciplinario serán equivalentes a los de los funcionarios de la Comunidad Autónoma; el artículo 231.3 de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de la Administración local de La Rioja, advierte que en todo lo no previsto por la legislación básica de régimen local, por la legislación básica de funcionarios de las Administraciones públicas o por la presente Ley de Administración Local, la legislación de función pública de la Comunidad Autónoma será aplicable a los funcionarios de carrera de las entidades locales. Incluso en la legislación más moderna, el artículo 159.3 de la Ley 8/2010, de 23 de junio, de la Generalidad, de régimen local de la Comunidad Valenciana remite el régimen jurídico de los empleados públicos al servicio de la Administración local que no sean habilitados de carácter estatal, a lo dispuesto en la legislación básica, en la Ley de Función Pública de la Generalidad y en su desarrollo reglamentario. Con todo conviene tener en cuenta que en la legislación autonómica conviven diferentes modelos de tratamiento del sistema de función pública, uno en que la función pública local es regulada de forma breve pero con total independencia respecto de la autonómica y otro en que la función pública local se considera “integrada” o “equiparada” a la función pública autonómica; al respecto PINAZO HERNANDIS, Javier. “La necesaria reforma del empleo público local en la modernización de los gobiernos locales”. REALA. Nº 304, 2007, p. 114.

¹⁸¹ JORION, Benoît. “Le principe de parité entre fonctions publiques, un principe peau de chagrin”. *Revue Française du Droit Administrative*. 14 (2), 1998, p. 341 y ss.

del Estado o de la comunidad autónoma que puede superponerse a la autonomía local y a la autonomía colectiva.

La afirmación y vigencia de este sistema de fuentes se produce por una particular jurisprudencia que niega bien formalmente, bien materialmente, la potestad normativa local y la virtualidad de la negociación colectiva al aplicar un conjunto normativo concebido en forma prácticamente piramidal sin ningún tipo de matiz. Primero se aplican las normas básicas del Estado, en su defecto la legislación autonómica y, supletoriamente, la legislación no básica del Estado prevista para los funcionarios de su Administración civil.

El aspecto que resulta más llamativo de este particular sistema interpretativo es el de los resultados que se obtienen del mismo. En primer lugar, hay que contar con la aplicación directa de las normas básicas del Estado que se infieren de unos preceptos legales contenidos en la legislación de régimen local y en la legislación de función pública general o que resultan indirectamente obtenidos en base al juego de equivalencias o identidades previsto en las leyes locales que ordinariamente reenvían a una norma de origen estatal dada en la regulación de la función pública del Estado de carácter no básico¹⁸². En segundo lugar, para determinar una norma aplicable a un particular tipo de supuesto el itinerario de la argumentación suele recorrer el siguiente camino: se menciona el artículo 92.1 LRBRL, que sencillamente establece el

¹⁸² Así por ejemplo la STS de 30 de mayo de 1992, RJ/1992/4454 considera que en materia de situaciones administrativas los ayuntamientos han de considerarse vinculados por lo dispuesto en el antiguo artículo 29 LMRFP, que según su artículo 1.3, hay que considerar incluido entre las consideradas bases del régimen estatutario al amparo del artículo 149.1.18 CE; la STS de 10 de octubre de 1997, RJ/1997/7678, señalará que los complementos retributivos de los funcionarios de un particular ayuntamiento están sujetos a lo previsto por el Real Decreto 861/1986, sin que ello suponga vulneración del principio de reserva de ley, ya que se trata de una norma reglamentaria basada en un precepto de ley formal y dotada de un carácter instrumental que la hace perfectamente legítima. La STS de 20 de febrero de 1994, El Derecho 1996/1219, recuerda que el artículo 94 LRBRL resulta básico y de directa aplicación en el establecimiento de una equivalencia entre la jornada de los funcionarios de la Administración local y los funcionarios de la Administración del Estado, un mandato expreso de una norma con rango de ley que no puede desconocerse o modificarse en virtud de una negociación colectiva; en la misma dirección la STS de 13 de marzo de 2009, RJ/2009/2259, advertirá de que el artículo 94 LRBRL resulta ser una norma incompleta que debe integrarse con las normas que regulan la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración del Estado; la STS de 14 de febrero de 1995, RJ/1995/1569, nos recordará la operatividad de una estructura retributiva expresamente sujeta al principio de equiparación que proclama el artículo 93 LRBRL, lo que impide a las corporaciones locales crear nuevos conceptos, factores, fondos o bolsas retributivas no previstos por la legislación estatal; la STS de 1 de septiembre de 2004, RJ/2004/5605, nos dirá que resultan de directa aplicación al ámbito de la Administración local las normas contenidas en la LMRFP para disciplinar el régimen de provisión de puestos de trabajo. La STS de 28 de julio de 2006, ROJ: STS 5217/2006, advertirá de que el artículo 157 TRRL establece que las indemnizaciones por razón del servicio del personal al servicio de las corporaciones locales que tengan derecho a ellas serán las mismas que correspondan al personal al servicio de la Administración del Estado; las SSTs de 4 de diciembre de 1995, RJ/1996/1564; y de 27 de junio de 2007, RJ/2007/6756, recordaran que la Disposición final 2ª LRBRL, dispone que los funcionarios de la Administración local tendrán la misma protección social que los funcionarios de la Administración del Estado. Más sintéticamente, la STS de 22 de febrero de 1997, RJ/1997/1497, aludirá a un principio de igualdad y asimilación establecido entre funcionarios públicos del Estado y de la Administración local establecido en las leyes.

sistema de fuentes aplicable a los funcionarios de la Administración local, de ahí se enlaza con el correspondiente precepto del TRRL donde, en defecto de norma básica, se prevé que dicho régimen será el establecido por la legislación de la comunidad autónoma, regulación que a menudo no existe, para acudir supletoriamente a una norma estatal preconstitucional o perteneciente al bloque normativo regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Civil del Estado¹⁸³.

Así pues, puede deducirse sin un particular esfuerzo interpretativo que el hecho de que una regulación funcional estatal no tenga carácter básico, en el sentido previsto en el artículo 149.1.18 CE, no impide su aplicación a la Administración local si así está dispuesto en la legislación de régimen local¹⁸⁴. Puede deducirse también que se da por hecho que el esquema legislación básica y legislación de desarrollo no impide la supletoriedad de la legislación ordinaria del Estado cuando exista una laguna que necesite ser colmada¹⁸⁵.

La transcendencia del argumento es evidente: las normas que limitan las facultades de negociación colectiva de las corporaciones locales no son las contenidas como bases del régimen local o del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Los funcionarios de las entidades locales están también sujetos a los preceptos deducidos de su legislación específica, en base a la LRBRL y al TRRL, al tratarse de normas especiales promulgadas para regular el régimen jurídico del personal al servicio de las entidades locales que no pueden quedar sin aplicación por una consideración de la norma básica como norma esencial del régimen estatutario de los funcionarios públicos, ya que dicho planteamiento no puede modificar o impedir la aplicación de la normativa particular de cada grupo de funcionarios y, en el caso que

¹⁸³ Como referencia del itinerario referido podemos citar las SSTs de 4 de diciembre de 1995, RJ/1996/1564; y de 30 de junio de 1997, RJ/1997/6138, donde se señala que el régimen de licencias por enfermedad de los funcionarios de una Corporación, según lo dispuesto por el artículo 92.1 LRBRL, y más concretamente, por el artículo 142 TRRL, es el establecido por la legislación autonómica –que en el caso concreto no existe–, o supletoriamente por la estatal, esto es, por el artículo 69 LFCE, que actúan en este aspecto como norma de referencia. La misma lógica se utiliza en la STS de 14 de octubre de 1996, RJ/1996/7543, donde se aplica el artículo 142 TRRL, advirtiendo que en caso de inexistencia de normas concretas de la Comunidad Autónoma al respecto, como ocurre en el supuesto planteado, la legislación estatal de funcionarios fija el marco legal aplicable, que no puede ser modificado por vía de negociación colectiva por resultar que es la propia legislación estatal sobre régimen local la que impone la aplicación del artículo 30 LMRFP aunque dicho precepto no tenga carácter básico.

¹⁸⁴ STS de 28 de julio de 2006, RJ/2006/8553. La STS de 19 de noviembre de 2008, RJ/2008/7907, precisará que la relación entre bases y desarrollo se despliega entre la legislación del Estado y la de las Comunidades Autónomas, y no en relación con la capacidad normativa de los ayuntamientos que carecen de potestad legislativa por lo que resultan vinculados por las normas de superior rango del Estado atinentes al régimen local.

¹⁸⁵ STS de 14 de diciembre de 2006, RJ/2006/9592.

nos ocupa, de la que resulte aplicable directa o indirectamente a los funcionarios de la Administración local¹⁸⁶.

La doctrina enunciada se proyecta como no podía ser de otra manera sobre la producida por los Tribunales Superiores de Justicia de las diferentes comunidades autónomas en la que se detectan una serie de matices de indudable interés, que se nos aparecen como complejos y contradictorios, pero que tienen siempre una finalidad concreta como es la del predominio del ordenamiento jurídico estatal, y más, concretamente del ordenamiento jurídico de los funcionarios de la Administración del Estado, sobre las disposiciones de las comunidades autónomas o de las propias corporaciones local lo que acaba impidiendo su abertura a la negociación, como se puede relacionar en las consideraciones siguientes:

a) Aunque existe alguna declaración en la que se enfatiza la función del legislador autonómico llamado a regular determinadas materias por el juego combinado de la LRBRL y el TRRL, como un legislador pleno, con capacidad para establecer una regulación de desarrollo y complemento pero también una regulación propia para, respetando las bases, normar el régimen jurídico de la función pública local adaptándola a las especiales circunstancias de la respectiva comunidad autónoma, sin que pueda oponerse a dicha legislación el principio de autonomía local o las potestades de organización de la respectiva entidad local, la constante no es esa¹⁸⁷.

b) Se resalta, al efecto, la imposibilidad de alterar la jerarquía normativa señalada en la legislación específica de régimen local invirtiendo el orden de fuentes establecido, lo que se produce cuando se declara de aplicación preferente la normativa de los funcionarios de una comunidad autónoma pretiriendo el significado último de las normas básicas del Estado del régimen local que reenvían al régimen general¹⁸⁸.

c) Resulta indudable el significativo papel jugado por la técnica de equiparación entre instituciones de la función pública local e instituciones de la función pública del Estado, que se

¹⁸⁶ El planteamiento puede deducirse sin una particular dificultad de la argumentación contenida en la STS de 5 de diciembre de 1997, RJ/1998/307.

¹⁸⁷ Al respecto, las interesantes consideraciones vertidas en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 11 de octubre de 2002, JUR/2003/969.

¹⁸⁸ Lo que puede ocurrir dada la natural ambigüedad de algunos preceptos del TRRL, como el establecido en el artículo 168 TRRL, donde se advierte de que la provisión de puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, se regirá por las normas que dicte la Administración del Estado en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, lo que a falta de dichas normas se traduce en una aplicación de la legislación del Estado en materia de provisión de puestos de trabajo, por lo que la normativa estatal acaba resultando de aplicación directa y principal por encima de la específica de los funcionarios de la Administración local de una comunidad autónoma, tal como se afirma en la STSJ de Galicia de 29 de enero de 2003, JUR/2003/192677. En la misma dirección la STSJ de Murcia de 24 de diciembre de 2003, JUR/2004/16514,

construye en las leyes del régimen local en base a términos que se pretenden concretos como pueden ser la “estructura retributiva”, los “criterios de valoración objetiva”, la “jornada de trabajo en cómputo anual”, la “protección social”, o en función de referencias normativas tales como “normas sobre equivalencia y reducción de jornadas” o “normas sobre procesos de provisión de puestos de trabajo”. El tema no es neutral ya que el reenvío de una materia a uno de los conceptos citados presupone su imposibilidad de negociación y la aplicación de lo contenido en la legislación del Estado. Así sucede, por ejemplo, con el régimen retributivo, convertido ahora en un concepto más amplio definido por “el ámbito de lo retributivo”, con capacidad para anular la introducción por las normas convencionales de conceptos, factores o criterios retributivos no previstos en la legislación básica del Estado¹⁸⁹. Lo mismo ocurre con materias más discutibles, como pueden ser los anticipos reintegrables, los premios o las compensaciones económicas de distinto signo que pueden incorporarse a los acuerdos convencionales como medidas de mejora social y que resultan irregulares como medidas retributivas¹⁹⁰. La misma lógica se aplica a la protección social que ha de ser idéntica a la establecida para los funcionarios del Estado, lo que impide, por ejemplo, la concesión de premios por jubilación, la alteración de las prestaciones económicas por incapacidad temporal, la constitución de fianzas en casos de exigencia de responsabilidades o la consideración de determinados beneficios de asistencia social o pólizas de seguro¹⁹¹. En idéntico sentido, la

¹⁸⁹ La STSJ de Madrid de 2004, JUR/2004/233330, entiende que la consideración de conceptos tales como abono de horas extraordinarias, plus de asistencia, plus de puntualidad, no tienen cabida en la estructura retributiva establecida en su momento por el artículo 23 LMRFP, precepto al que se llega a partir de las disposiciones del artículo 93 LRBR. En la misma dirección la STSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2005, JUR/2005/124598, señalara que es la ley la que ordena los criterios de distribución y asignación del complemento de productividad, y la STSJ de Galicia de 3 de junio de 2009, RJCA/2009/566, descartará que la compensación económica para el personal que presta servicios en horario nocturno lo sea en concepto de complemento de productividad al ser la nocturnidad una condición particular de determinados puestos de trabajo que ha de encajarse en el concepto de penosidad que la LMRFP ordena retribuir dentro del complemento específico. Mayor concreción introduce la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2007, JUR/2008/64548, cuando determina que los intervalos de niveles que se han de atribuir a los puestos de trabajos clasificados en las Administración local son los que figuran en el artículo 71 del Real Decreto 364/1995, de 20 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento general de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado.

¹⁹⁰ SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de febrero de 2001, JUR/2001/298183; y de Andalucía/Málaga de 19 de abril de 2005, RJCA/2005/340. A resaltar el esfuerzo realizado por la jurisprudencia para resituar algunos de los conceptos retributivos incorporados en los acuerdos colectivos mediante su reconducción a uno de los complementos o factores reconocidos, tal como sucede con la reubicación en el ámbito del complemento de productividad de una denominada “gratificación por reducción del absentismo”, producida en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 19 de abril de 2005, ROJ: STSJ AND 667/2005.

¹⁹¹ SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de febrero de 2001, JUR/2001/298183; de Galicia de 29 de enero de 2003, JUR/2003/192677; de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2004, RJCA/2004/990; de Andalucía/Málaga de 19 de abril de 2005, RJCA/2005/340; de Madrid de 25 de mayo de 2004, JUR/2004/23330; de Asturias de 30 de junio de 2004, JUR/2004/197284; de Madrid de 9 de enero de 2007, JUR/2007/160657. En cambio, una línea jurisprudencial mantenida por la STSJ de Cantabria de 21 de julio de 2009, JUR/2009/374920, entiende que las normas han de ser interpretadas conforme a la realidad social de su tiempo por lo que este tipo de prestaciones puede ser consideradas mejoras previstas en el artículo 192 TRLGSS, aplicable a los funcionarios de la

introducción de pausas o descansos laborales, reducciones de jornada, compensaciones de jornada por asistencia a cursos de formación o el simple establecimiento de días festivos adicionales, presuponen una reducción de la jornada de trabajo que a todos los efectos ha de ser coincidente con la de la Administración del Estado, por lo que dichas prescripciones resultan vedadas a la autonomía contractual del correspondiente municipio¹⁹². En un sentido inverso, se puede resaltar aquí la discusión abierta en su día sobre la jornada de trabajo en base a la expresión utilizada en el artículo 94 LRBRL, donde no se dice exactamente que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local sea la misma que la de los funcionarios de la Administración del Estado sino que la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en su “cómputo anual” la misma que se fije para los del Estado, por lo que la igualdad establecida lo es en dicho cómputo anual, lo que sin duda dificulta la prueba de una discordancia entre jornadas cuando el parámetro de referencia adoptado por una de ellas es el semanal¹⁹³. En todo caso, lo relevante a nuestros efectos es que determinadas materias correspondientes al régimen de función pública local que ha de ser objeto de regulación por el Estado como pueden ser las retribuciones, el tiempo de trabajo o la protección social, acaban actuando como verdaderos polos de atracción de otras materias que por su evidente o intencionada conexión pasan a incorporarse al ámbito de referencia articulando un criterio de identificación que las excluye de su tratamiento por la negociación, con lo que un espacio

Administración Local en función del Real Decreto 480/1993, por el que se integra en el régimen general el especial de los funcionarios de la Administración local; el mismo pronunciamiento entiende que las ayudas sociales establecidas en el correspondiente acuerdo no remuneran el trabajo prestado por los empleados y constituyen una expresión de la política social del Ayuntamiento.

¹⁹² SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2004, JUR/2004/188738; de 2 de diciembre de 2004, RJCA/2005/195; de 28 de febrero de 2005, RJCA/2005/222; y de Galicia de 3 de junio de 2009, RJCA/2009/566.

¹⁹³ El argumento abierto por la STS de 20 de febrero de 1996, RJ/1996/1617, se seguirá en diferentes pronunciamientos de los doctrina judicial ordinaria que sobre esta base exigen al recurrente –normalmente la Abogacía del Estado– la prueba de que la jornada de los funcionarios cuya determinación se impugna, sea inferior a la fijada para los funcionarios del Estado “en cómputo anual”. Lógicamente este artilugio procesal permite a los diferentes ayuntamientos mantener una jornada que no se ha conseguido probar que en la práctica sea distinta en cómputo anual de la de los funcionarios de la Administración civil del Estado, tal como se puede ver en la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, JUR/2004/233330. Conviene dar cuenta de una posición mantenida por otra doctrina judicial de carácter más firme donde se afirma que si se rebaja la jornada semanal y no se establece ningún tipo de compensación, no es necesaria mayor demostración de la rebaja de jornada también en cómputo anual, tal como se puede ver en la STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2004, JUR/2004/188738; en la misma dirección, la STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2005, JUR/2005/170782, donde se dice que: “es claro que la jornada fijada por el Ayuntamiento demandado es notoriamente inferior a la fijada para los funcionarios estatales, según se constata de la simple comparación de las horas en cómputo semanal y su traducción, en operación aritmética simple, al cómputo anual previendo una jornada de 35 horas semanales en lugar de las 37 horas y media fijadas para los funcionarios estatales”. Lógicamente esta discusión pierde importancia después de la introducción en la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, de una jornada general de trabajo para todo el sector público no inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.

susceptible de un posible trato convencional acaba convirtiéndose en un espacio excluido del mismo por una simple operación de conexión material.

d) La remisión realizada por las normas de régimen local a las de la respectiva comunidad autónoma o a las del Estado se produce utilizando la expresión “legislación de función pública” o “legislación de funcionarios civiles del Estado”. Lógicamente, la remisión realizada va a depender de la interpretación que se dé a la expresión “legislación”. A tenor de la jurisprudencia constitucional puede entenderse que cuando se afirma una competencia general referida con el término de “legislación”, esta expresión no ha de entenderse en un sentido formal como norma con rango de ley sino en sentido material, con referencia a la regulación sustantiva, es decir, incluyendo las leyes y sus reglamentos de ejecución o considerados simplemente sustantivos para diferenciarlos de los internos o de organización¹⁹⁴. No obstante, puede haber supuestos en los que el término “legislación” deba entenderse referido a ley en sentido formal, y ello sucede en los casos en que la materia en cuestión tenga reserva legal, lo que ocurre siempre que haya de procederse al reconocimiento de los derechos y deberes de los funcionarios que forman parte de su estatuto y están reservados a la ley, ley que no habrá de ser estatal necesariamente, pero que habrá de ser ley, lo que de entrada descarta a los productos de la autonomía local. Por tanto, la remisión se ha de entender hecha a normas con rango legal, en el bien entendido de que en ausencia de ley autonómica resulta de aplicación las leyes estatales de función pública, aun la referida exclusivamente a los funcionarios civiles del Estado¹⁹⁵.

e) En cambio, las normas de equiparación que se dan al margen del sistema de distribución de competencias adquieren valor por sí mismas con independencia de que la remisión al bloque de legalidad del ordenamiento del Estado presuponga la traslación al ámbito local de una norma interna o de un simple acto administrativo de carácter general dirigido al personal al servicio

¹⁹⁴ Sobre esta cuestión, aunque ubicada en un contexto distinto, BAYONA ROCAMORA, Antoni. *El dret a legislar en l'Estat autonòmic*. Barcelona: EAPC, 1993, p. 289-293. Un apunte en esta misma dirección en BERNADÍ GIL, Xavier. *El poder d'administrar en l'Estat autonòmic*. Barcelona: IEA, 2007, p. 278-279.

¹⁹⁵ La interpretación que explicitamos en estas líneas se contiene con claridad en la STSJ de Castilla-La Mancha 30 de noviembre de 2000, RJCA/2000/2414; en la misma dirección la STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de febrero de 2005, RJCA/2005/222, aclarará que el TRRL: “al hablar de la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva, se refiere a normas precisamente de rango legal, y no por tanto a normas reglamentarias y de tipo interno que solo pueden vincular a la propia Administración que las dicta, suponiendo lo contrario un atentado a la autonomía local”. Dicha interpretación resulta cuestionada en algunos supuestos en los que a falta de aplicación de un precepto autonómico y ante la ausencia del tratamiento de la cuestión en la legislación de funcionarios civiles del Estado, se acude a la “regulación estatal” contenida en un Acuerdo de la Comisión Superior de Personal sobre interrupción de las vacaciones en caso de accidente o enfermedad graves que se lleva a la resolución del caso controvertido en función de un principio de “regulación uniforme” entre la función pública local y la estatutaria estatal, tal como se puede ver en la STSJ de Galicia de 29 de enero de 2009, JUR/2009/192677.

de la Administración General del Estado¹⁹⁶. Debe precisarse que dichas resoluciones no tiene rango reglamentario, debiendo subrayarse que originariamente se producen en el ámbito del ejercicio de la potestad de organización del Estado, lo que en principio debería limitar la eficacia de las correspondientes órdenes e instrucciones al ámbito interno del propio Estado, todo ello sin perjuicio de que, por imperativo de los preceptos de la LRBRL, pudieran llegar a actuar como un límite efectivo para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración local, concretamente en el campo de las retribuciones y de la ordenación del tiempo de trabajo. En este caso, la existencia de estos límites y su propia fuerza de obligar provendrían directamente de una norma con rango legal sin perjuicio de que a efectos instrumentales y de pura concreción pudiera utilizarse un instrumento normativo de menor rango¹⁹⁷. Lógicamente, los preceptos de equiparación que imponen límites o condiciones a la capacidad autónoma de las Administraciones locales para determinar las condiciones de trabajo de sus funcionarios resultan ser un extraño tipo de norma básica estatal, una norma que resulta aplicable “per se” al colectivo de los funcionarios locales que en principio no demanda ni espera un particular desarrollo por el legislador autonómico¹⁹⁸.

f) Para terminar, hay que subrayar la existencia de verdaderas operaciones de sustitución de las habilitaciones concedidas a los poderes normativos del Estado por simple remisiones a la legislación propia de la Administración o de los funcionarios del Estado. Por ejemplo, dicha operación se produce de una forma natural y espontánea en materia de clasificación de puestos de trabajo cuando se reemplaza la autorización concedida al Estado para establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo por órdenes e instrucciones dictadas por el mismo Estado para su propia Administración y funcionarios¹⁹⁹.

¹⁹⁶ En su momento la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado, derogada por la Resolución de 28 de diciembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado y sus organismos públicos. El artículo 157 TRRL establece que las indemnizaciones por razón de servicio del personal al servicio de la Administración del Estado serán las mismas que correspondan al personal al servicio de la Administración del Estado, hoy reguladas por el Real Decreto 462/2002, de 24 de mayo, sobre indemnizaciones por razón del servicio, norma que, por cierto, fue modificada por el Real Decreto 228/2014, de 4 de abril, por el que se aprueba la oferta de empleo público para el año 2014, una oferta de empleo público considerada a todos los efectos como un acto administrativo de carácter general tal como se puede ver en la doctrina de nuestros tribunales que se describe ampliamente en PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La oferta de empleo público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 140, 2008, p. 809-825.

¹⁹⁷ El argumento se contiene explícitamente en la STSJ de Cataluña de 5 de mayo de 2005, JUR/2005/170782.

¹⁹⁸ Véase la particular argumentación contenida en la STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2005, RJCA/2006/183.

¹⁹⁹ STSJ de Andalucía, Granada, de 4 de abril de 2011, RJCA/2011/623, donde se razona afirmando que en materia de formación de relaciones de puestos de trabajo existentes en el ámbito de la Administración local, es necesario

3.5. Función de la ley estatal y autonómica en la determinación del estatuto de la función pública local después de las últimas reformas

Lo cierto es que la configuración normativa del sistema de función pública local en base a la primacía de la legislación básica del Estado, la aplicación de las leyes de función pública de las comunidades autónomas y la consideración de la legislación supletoria del Estado para sus propios funcionarios como norma de cierre resulta ciertamente discutible. En primer lugar, porque dicho planteamiento ignora una jurisprudencia constitucional que ha ido matizando la función del TRRL como norma básica de articulación del régimen del personal al servicio de la Administración local; en segundo lugar, por las serias correcciones introducidas por el mismo Tribunal Constitucional en la discutida doctrina sobre la supletoriedad del derecho estatal; en tercer lugar, porque el mencionado orden de fuentes relativiza el cambio producido por el EBEP y su afirmación de la autonomía local en el sistema de fuentes de su función pública; en cuarto y último lugar, porque el juego de autorizaciones, remisiones y equivalencias en que se basa la prioridad que obtiene el derecho de los funcionarios de la Administración Civil del Estado en la configuración del ordenamiento jurídico de la función pública local resulta ser un fruto indirecto de una serie de operaciones interpretativas de muy escaso rigor.

La validez del TRRL como norma básica del sistema de fuentes de nuestro derecho local se fundamentaba en su disposición final séptima que lo señalaba en su párrafo 1.b) de la manera siguiente: “en las materias reguladas por los Títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos conforme a su naturaleza o según disponga la legislación vigente en aquéllas”. Por tanto, el carácter básico de los preceptos contenidos en el título VII TRRL dedicado al personal al servicio de las entidades locales se obtiene de un precepto ambiguo que posibilita diversas lecturas ya que la “o” disyuntiva admite que su calificación provenga de una ley formal de bases cuando la haya o de la inferencia del conjunto del ordenamiento jurídico en base a un método deductivo fundado en la “naturaleza” del precepto. En consecuencia, la STC 385/1993, de 23 de diciembre, afirmará que la última parte de esta oración disyuntiva supone una remisión a otros lugares del ordenamiento jurídico mediante la técnica del reenvío, practicada habitual y pacíficamente para una mayor o mejor economía legislativa, que no plantea otras problemas

referirse al contenido de la Orden de 2 de diciembre de 1988, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado y a la Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se dispone la publicación de la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para la Administración Pública por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración, que se consideran: “ambas de aplicación al personal de la Administración Local, por tratarse de disposiciones de desarrollo de la normativa básica estatal sobre función pública a la que expresamente se remite el artículo 90.2 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local”.

más que una simple operación interpretativa. Sin embargo, se constatará que en la otra existe una calificación de lo básico expresa pero indirecta, ya que la norma básica se contempla como implícita, inherente y casi inmanente, extraíble por inducción o deducción –inferencia- y, por razón de su “naturaleza”, operación lógica de segundo grado que se encomienda a cualquier operador jurídico, con lo que tal precepto resulta claramente incompatible con la constelación de requisitos que sirven para configurar y exteriorizar el carácter básico de cualquier norma.

Precisamente ese acervo de principios exige la calificación expresa de tal carácter básico o, excepcionalmente, que la norma correspondiente posea una estructura de la que pueda inferirse esa condición con naturalidad, de manera que resplandezca por su notoriedad o, en otro lenguaje, que resulte evidente por sí misma; con ello se hace alusión a lo manifiesto, a lo obvio, a lo que no necesita otra operación interpretativa. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional en el pronunciamiento citado acaba concluyendo que: “La frase de la cual nos venimos ocupando no se ajusta al modelo formal de bases desde el momento en que difiere su determinación a una actividad hermenéutica, la “inferencia natural” desde el propio contenido de la norma, sin mayor orientación, que resulta así incompatible no solo con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) en su acepción genérica sino también en la más específica de dotar de certeza y nitidez al esquema de las competencias estatales y autonómicas para lograr un claro deslinde de unas y otras por medio de la reducción de la indeterminación formal de las normas básicas”. En consecuencia, el inciso “conforme a su naturaleza” se declara inconstitucional por contrario al principio de seguridad jurídica, advirtiendo de que su desaparición arrastra la de la conjunción copulativa intermedia que queda sin sentido por lo que el párrafo discutido se ha de redactar de la forma siguiente: “En las materias reguladas por los títulos VI y VII se inferirá el carácter básico de sus preceptos según disponga la legislación estatal vigente en aquellas”, lo que sin duda constituye una fórmula final de reenvío, que aun no siendo la mejor, no adolece de indeterminación en la calificación de lo básico ni provoca inseguridad jurídica alguna aunque obliga a localizar los textos legales vigentes y dispersos que tienen naturaleza básica y que son objeto de regularización, aclaración y armonización²⁰⁰. En definitiva, una norma del TRRL tiene carácter básico si puede fundamentarse en una norma básica anterior objeto de refundición.

²⁰⁰ Una doctrina por cierto que podría ser objeto de discusión si se tiene en cuenta la STC 203/1993, de 17 de junio, donde expresamente se afirma que: “lo que no es admisible constitucionalmente es que la norma pretendidamente básica –con independencia ahora del rango normativo que tenga- no concrete lo básico, sino por remisión a una posterior labor deductiva a desarrollar sobre la propia disposición o sobre cualesquiera otras, ya que con ello se crea un ámbito de inseguridad y confusión radicalmente incompatible con el sistema de distribución de competencias constitucionalmente establecido”.

Sobre la doctrina de la inferencia de las bases de la legislación estatal vigente va a pronunciarse la STC 37/2002, de 14 de febrero, para acotarla a la legislación de función pública de la etapa constitucional. En esta dirección el Tribunal Constitucional afirmará que el legislador estatal postconstitucional ha procedido a regular de manera completa las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Dichas bases, aplicables a los funcionarios de todas las Administraciones resultan contenidas en aquel momento, principalmente, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas. Por lo tanto, habiendo procedido el legislador postconstitucional a establecer de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios, no cabe atribuir, de conformidad con la doctrina expuesta, naturaleza básica a los preceptos contenidos en la LFCE, al no haber sido declarados expresamente como básicos por el legislador estatal postconstitucional, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas postconstitucionales.

Es más, la conclusión que se extrae de dicha manifestación es que determinados preceptos incorporados al TRRL que deben ser o no calificados como básicos en función de su disposición final séptima, apartado primero, letra b) que remite a lo que “disponga la legislación estatal vigente en aquellas materias que los mismos regulan”, carecen de un tratamiento específico en la legislación básica postconstitucional de función pública general, sin que además la LRBRL contenga ninguna previsión al respecto, con lo que hay que concluir que no cabe predicar la naturaleza básica de dichos preceptos que concretamente se refieren en este pronunciamiento a los artículos 146.2, 148 y 150.2 TRRL, comprensivos de una parte del régimen disciplinario de los funcionarios. De esta conclusión se deduce directamente la imposibilidad de considerar como normas básicas a los preceptos de la LFCE que los contienen y a las normas del TRRL que los refieren a los funcionarios de la Administración local.

En esta misma dirección abundará la STC 1/2003, de 16 de enero, que negará el carácter básico del artículo 37 LFCE referido a la pérdida de la condición de funcionario, por regular la LMRFP en su formulación originaria aspectos relativos a la extinción de la relación funcional, con lo que, en definitiva, habiendo establecido el legislador postconstitucional de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario de los funcionarios en lo que se refiere a la pérdida de la relación de empleo público, no cabe atribuir naturaleza básica

al artículo 37 LFCE, al no haber sido declarado expresamente como básico por el legislador estatal postconstitucional ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas.

El primero de estos pronunciamientos no pasará desapercibido sino que producirá una reacción del legislador estatal plasmada en la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyos artículos 59 y 60, procederán a modificar el artículo 151 TRRL, relativo a los órganos competentes para la imposición de sanciones por faltas graves o muy graves al resolver expedientes disciplinarios que atañan a funcionarios con habilitación de carácter nacional, y diferentes apartados de los artículos 167 y 169 TRRL relativos al sistemas de escalas propias de la estructura profesional de la Administración local. La introducción de estos preceptos se acompañará con la afirmación en el párrafo b) del apartado 1, de la disposición final séptima TRRL de los artículos 151.a), 167 y 169 TRRL como expresamente básicos.

Ha sido esta corrección la que ha provocado un cierto debate sobre la supervivencia y utilidad del TRRL como norma básica estatal más allá de las previsiones incluidas de una forma expresa en la disposición citada. De hecho, el argumento último que subyace en las posiciones más extremas resulta sencillo de expresar: si los preceptos recogidos en el TRRL resultan ser una reproducción de otras normas básicas existentes en la legislación de función pública postconstitucional resultan sobreros y si introducen reglas no recogidas en la legislación básica estatal, el decreto legislativo esta adicionando nuevas normas básicas lo que supone tanto como infringir la LRBRL²⁰¹.

Al respecto no estará de más recordar que el TRRL aclara y armoniza las normas contenidas en la LBRL, las establecidas en la legislación de función pública general, que nuestra jurisprudencia constitucional limita a la ley de medidas de reforma de la función pública, a la ley de incompatibilidades del personal y a la ley de órganos de representación, y las contenidas en dos normas preconstitucionales de indudable trascendencia como pueden ser la LFCE y el

²⁰¹ Véanse las taxativas manifestaciones contenidas en PÉREZ LUQUE, Antonio. *La estructura de personal al de las Corporaciones Locales*. Granada: Comares, 1999, p. 68, cuando advierte que: “el TR en la materia de personal no es básico en nada. Sólo será básico si un precepto de él es copia de otro que sea básico, dicho así por otra ley básica, pero entonces ese precepto del TR, que se entienda básico, no lo será por sí mismo, sino por el precepto al que copia, que es básico. Si posteriormente una norma básica dijera como básico algo que está antes en el TR, este precepto adquirirá el valor de lo básico, por así haberse establecido después. O sea, que el TR no es básico por sí mismo, sino porque otra ley básica lo diga antes o después del propio TR”. Reproduciendo esta opinión y suscribiendo la tesis expuesta, FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. *Función pública local*, *ob.cit.*, p. 348; también JIMENEZ ASENSIO, Rafael; CASTILLO BLANCO, Federico. Informe sobre el empleo público, *ob.cit.*, 19-22.

Real Decreto 3048/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local.

Si analizamos con un cierto detalle el contenido del TRRL, percibiremos que sus artículos 126 y 127 se refieren a las plantillas de personal lo que encuentra su fundamento en el artículo 90 LRBRL y en el artículo 14 LMRFP. De igual manera, el artículo 128 TRRL, referido a la oferta de empleo de las corporaciones locales resultaría amparado por el artículo 91 LRBRL y en su aplicación deberían tenerse en cuenta la legislación básica del Estado sobre función pública general existente en cada momento. El artículo 129 TRRL resultaría ser una norma atributiva de competencia a los órganos del Estado que sistematiza y concreta las habilitaciones establecidas en los artículos 93 y 92 LRBRL.

Mayor enjundia tienen las disposiciones comunes a los funcionarios de carrera de la Administración local. De hecho los artículos 130, 131, 135, 136, 137, 138 y 139 TRRL referidos a la selección, adquisición y pérdida de la condición de funcionario, resultan ser una traslación casi exacta de lo previsto en los artículos 23, 30, 33, 34, 36, 37 y 38 del Real Decreto 3048/1977. Hay que destacar por la incidencia posterior que va a tener, la previsión del artículo 134 TRRL que en la práctica proviene de dos referencias distintas, la del artículo 32 del Real Decreto 3048/1977 y la del primer redactado del artículo 22.1 LMRFP, tempranamente modificado por la revisión realizada por la Ley 23/1988, de 28 de julio, en el cual se afirma el principio de que las convocatorias para la selección de funcionarios de Administración Local serán siempre libres, con el añadido de que, no obstante, podrán reservarse para la promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria, lo que resulta un trasunto del mandato contenido en el artículo 22.1 LMRFP que ordenaba a las Administraciones públicas facilitar la promoción interna desde cuerpos o escalas de grupo inferior a otros correspondientes de grupo superior, advirtiendo al respecto de que en las respectivas convocatorias podrá reservarse para este tipo de promoción hasta un 50 por 100 de las vacantes convocadas, un porcentaje que desaparecería con la nueva redacción dada a dicho artículo 22 por la Ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley de Medidas para la Reforma de la Función pública, pero que quedaría incrustado en la de refundición del régimen local sin ningún precepto de referencia que permitiera su conservación²⁰².

²⁰² La STS de 25 de enero de 2006, RJ/2006/1141, advierte que el la Ley 23/88, de 28 de julio, ha dado una nueva redacción al apartado primero del artículo 22 de la Ley 30/84, la cual considera a aquel apartado como una de las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, dictadas al amparo del artículo 149.1.18 CE y, en

Un problema de naturaleza distinta nos plantea el artículo 140 TRRL relativo a las situaciones en que pueden hallarse los funcionarios estableciendo un régimen de posiciones administrativas que se remite a la normativa básica estatal de función pública general, a la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma y, supletoriamente, a la legislación de los funcionarios de la Administración del Estado. Aquí es importante recordar que la LRBRL no contiene precepto alguno relativo a las situaciones del personal al servicio de la Administración local. Por tanto, el régimen jurídico de dichas situaciones se obtuvo en su momento del artículo 29 LMRFP, que sería ampliamente modificado por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo, con lo cual el contenido sustancial del precepto mencionado se limita al establecimiento de una prelación de fuentes para determinar el régimen jurídico de las situaciones de los funcionarios de nuestras corporaciones locales que afirma la vigencia de las normas básicas estatales en materia de función pública general y su posible desarrollo por la legislación de las comunidades autónomas en los términos establecidos por el artículo 149.1.18 CE, tal como previene el artículo 92 LRBRL. El matiz lo añade aquí la supletoriedad de la legislación de funcionarios de la Administración del Estado, que por cierto no menciona el Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, que aprueba el reglamento de situaciones administrativas de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, y que se atrae del artículo 39.2 del Real Decreto 3048/1977, donde expresamente se dice que serán aplicables a los funcionarios de Administración Local las normas reguladoras de dichas situaciones en la Administración Civil del Estado, teniendo en cuenta las peculiaridades del régimen local, con lo que se llega a la conclusión que la particular estructura del sistema de fuentes establecido no tiene otro fundamento que una norma preconstitucional²⁰³.

Siguiendo en esta dirección, es fácil constatar que los artículos 141 y 143 TRRL, relativos al derecho al cargo y a la asistencia médico-farmacéutica, resultan ser una adaptación casi literal

consecuencia, aplicables al personal de todas las Administraciones, lo que permite atribuir todas las plazas al sistema de promoción interna y desplazar el porcentaje del 50 por 100 contenido en el artículo 134.1 TRRL, que a todos los efectos se declara no vigente. La inseguridad que plantea el sistema de fuentes existente en ámbito de la Administración local se percibe claramente en esta materia si se tiene en cuenta que la STS de 12 de marzo de 2008, RJ/2008/2299, declara subsistente las previsiones que establece el artículo 169.2 TRRL, sobre reserva de plazas, con el único argumento de la: “razón de rango de este Real Decreto Legislativo, y por su carácter básico”, debiendo prevalecer sobre un acuerdo colectivo.

²⁰³ Hay que tener en cuenta que el artículo 23.2 del Real Decreto 3048/1977, establece literalmente que la relación de servicios de los funcionarios de la Administración local: “se regirá por los preceptos de este título y las normas reglamentarias que lo desarrollen. En lo no previsto por tales normas legales o reglamentarias, será supletoria la legislación general de los funcionarios civiles del Estado”, una previsión de carácter genérico que se irá concretando en una serie de preceptos del texto mencionado.

de los artículos 43 y 48 del Real Decreto 3048/1977, mientras que el artículo 142 TRRL, referido a una materia tan sensible como puede ser la determinación de las condiciones de trabajo relacionadas con las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas, remite al orden de fuentes que resulta de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en dichas materias y, en última instancia, a la supletoriedad de la legislación del Estado que se obtiene de los artículos 44 y 45 del Real Decreto 3048/1977, donde se dice que los funcionarios de la Administración Local podrá ser premiados con recompensas análogas a las establecidas para los de la Administración Civil del Estado y que en las mismas condiciones que estos disfrutarán de la vacación retribuida y de permisos por razones justificadas, en base siempre a la correspondiente adaptación de las normas que rigen para los funcionarios civiles del Estado.

En el capítulo de las obligaciones, el artículo 145 TRRL envía como no podría ser de otra manera el régimen de incompatibilidades a lo establecido con carácter general en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y en las normas que se dicten por el Estado para su aplicación a los funcionarios de la Administración local, una habilitación que en la práctica presupone una atribución de competencia que no resulta amparada por otra norma básica, ni siquiera por el artículo 49.2 del Real Decreto 3048/1977, que remite el régimen concreto de incompatibilidades, así como el procedimiento para la concesión de las compatibilidades a que hubiere lugar, a las normas que se dicten para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Los preceptos dedicados al régimen disciplinario presentan un orden de problemas similares. Así, el artículo 146 TRRL, relativo a la clasificación de las faltas en muy graves, graves y leves con determinación de su plazos de prescripción, resulta ser una traslación del artículo 51 del Real Decreto 3048/1977, mientras que el artículo 147 TRRL especifica que las faltas muy graves serán las tipificadas por la legislación básica del Estado y las graves o leves las establecidas en la legislación de función pública de la respectiva comunidad autónoma y supletoriamente a la legislación de funcionarios civiles del Estado, lo que significa una aplicación directa del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración civil del Estado, que en su artículo 3 previene de que las disposiciones de dicho reglamento tendrán carácter supletorio para los demás funcionarios al servicio del Estado y de las Administraciones públicas no incluidos en su ámbito de aplicación. Los artículos 148, 149, 150, 151 y 152 TRRL proceden a una interiorización y adaptación orgánica del contenido del artículo 54, 55, 56, 57 y 58 del

Decreto 3048/1977, con la única salvedad de que el procedimiento disciplinario se traslada ahora a lo que establezca la legislación de la comunidad autónoma respectiva y supletoriamente al reglamento disciplinario de los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

En otro orden de consideraciones no estará de más advertir de que el artículo 157 TRRL que previene de que las indemnizaciones por razón del servicio o por residencia en ciertos lugares del territorio nacional del personal al servicio de las corporaciones Locales que tengan derecho a ellas, serán las mismas que corresponde al personal al servicio de la Administración del Estado, no parece tener otro fundamento que el artículo 66.4 del Decreto 3048/1977, en el que se nos dice que los funcionarios locales tendrán derecho a percibir, en su caso, las indemnizaciones, cuyo objeto será resarcirles de los gastos que se vean precisados a realizar en razón del servicio o por su residencia.

Al margen de estas cuestiones es evidente que la regulación relativa a la estructura profesional de los funcionarios de carrera de la Administración local sin habilitación de carácter nacional que se contiene en los artículos 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174 y 175 TRRL, que en la práctica se trasladaba de la existente en los artículos que van del 88 al 103 del Decreto 3048/1977, se ha de considerar desplazada y sustituida por el único contenido de los artículos 167 y 169 TRRL que han sido declarados expresamente como básicos a tenor de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

De la misma forma, las referencias hechas por el artículo 176 y 177 TRRL, al personal eventual y al personal laboral, encuentran su encaje directo en los artículos 104 y 103 LRBRL, con la única excepción de la previsión establecida en el párrafo 3 del citado artículo que en la práctica supone una creación *ex novo* de una figura imprevista, ya que permite al personal eventual el desempeño de determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, advirtiéndose de que en estos supuestos, el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos, supuesto que no autoriza ni la ley básica de régimen local, ni el artículo 20.2 LMRFP que expresamente establece que el personal eventual solo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza y asesoramiento especial²⁰⁴.

²⁰⁴ A tenor de la STC 15/2013, de 23 de septiembre, estaríamos ante una grave deformación de los rasgos generales y comunes de un particular tipo de personal al servicio de las Administraciones públicas al margen de las previsiones estatutarias.

A la luz de lo dicho hasta el momento convendría poner en tela de juicio la capacidad prescriptiva del TRRL como marco normativo básico para regular el régimen jurídico de la función pública local. Como pensamos que ha quedado acreditado, dicho texto padece hoy por hoy de los siguientes defectos:

a) Conserva normas básicas derivadas de la función pública general que sencillamente se han modificado o han desaparecido introduciendo una seria confusión en el régimen jurídico de aplicación que resulta perceptible en materias tales como la aprobación anual de la oferta de empleo público o al establecimiento de límites a la promoción interna.

b) Incorpora otras normas atraídas de una serie de preceptos de la legislación preconstitucional que en estos momentos no pueden ser consideradas materialmente básicas en ámbitos esenciales de regulación relativos a la selección, adquisición y pérdida de la condición de funcionario, régimen disciplinario, estructura profesional e indemnizaciones por razón del servicio.

c) Introduce autorizaciones a los órganos del Estado para el dictado de bases específicas de aplicación a los funcionarios de la Administración local en materia de incompatibilidades que no están respaldadas por ninguna norma básica estatal.

d) Crea *ex novo* determinadas figuras carentes de toda cobertura y deformadoras de tipos esenciales, tal como sucede con el personal eventual cuya figura se desdobra para obtener un personal eventual de confianza y un personal eventual de carácter directivo que contradice las previsiones estatutarias existentes en la legislación de función pública general.

e) Construye un sistema de fuentes propio que toma como fundamento el artículo 92 LRBRL, una norma estructural de regulación del ordenamiento jurídico de la función pública local construido sobre la voluntad de la aplicación primaria de las leyes básicas del Estado del régimen local y de la función pública general, y su desarrollo por lo establecido en la legislación de las comunidades autónomas tanto en materia de régimen local como en materia de función pública, esquema al que se añade ahora una supletoriedad general de las normas estatales reguladoras del personal al servicio de la Administración Civil del Estado, fundamentada únicamente en la previsión del artículo 23.2 del Real Decreto 3048/1977, un añadido que resulta clave en la integración de determinadas regulaciones sobre selección, situaciones, recompensas, permisos, licencias y vacaciones, procedimiento y sanciones disciplinarias.

Precisamente la supletoriedad genérica del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración civil del Estado que se predica de las disposiciones que resultan de aplicación a los funcionarios locales resulta cuestionable como utilización de una técnica de cierre en base a un sistema normativo preconstitucional que ignora la garantía propia de la autonomía local, pero también resulta discutible como una aplicación de la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 *in fine* CE donde se dice que “el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”.

De hecho, la interpretación y aplicación jurisprudencial que del principio de supletoriedad se ha venido realizando hasta el momento experimenta una profunda evolución en base a las STC 118/1996, de 27 de junio, y 61/1997, de 20 de marzo, que han consolidado la línea jurisprudencial iniciada por la STC 147/1991, de 4 de julio, suponiendo una inversión de lo que fue la primitiva jurisprudencia constitucional sobre dicha cuestión que permitía al Estado dictar normas en relación con cualesquiera materia al margen del principio de competencia, con la salvedad única de que dichas normas no resultaran de aplicación directa²⁰⁵. Dicha jurisprudencia se corrige en un segundo momento resultando clave al respecto lo argumentado en la STC 147/1991, que tras advertir de que la cláusula de supletoriedad del artículo 149.3 CE no es una cláusula universal atributiva de competencias, intenta establecer su función, distinguiendo entre la fase de creación y la fase de aplicación del derecho. Según este pronunciamiento, la cláusula de supletoriedad no ampararía la legislación del Estado dictada en aquellas materias en donde las comunidades autónomas hubieran asumido competencias en un mismo grado de homogeneidad. Pero por otra parte la sentencia también reconoce la función integradora del principio de supletoriedad destacando el papel decisivo del aplicador del derecho, que puede utilizar de modo preferente una norma proveniente del derecho estatal en el ejercicio de sus propias competencias para la cobertura de una auténtica laguna jurídica del derecho autonómico que no pueda ser suplida a través de los procesos de autointegración procedentes. A partir de ahí la regla de supletoriedad deja de ser un título competencial para transformarse en un criterio ordenador de la aplicación de las normas en el Estado compuesto configurado por la Constitución. En la tercera etapa de la evolución de la jurisprudencia del

²⁰⁵ Un análisis detallado sobre la evolución de la doctrina constitucional en esta materia puede verse en RODRÍGUEZ ALONSO, Javier. “La supletoriedad del derecho estatal”. En *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés*. Zaragoza: Justicia de Aragón, 2003, T.I, p. 127-250; también en ELIZALDE JALIL, Marco. A. “La supletoriedad del derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 13, 2009, p. 115-144. Para una acertada visión de lo que pueda ser la supletoriedad del derecho estatal nos remitimos al trabajo MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas. “La inactividad del legislador autonómico”. *Estudios de Deusto*. Nº 51/1, 2003, P. 259-282.

Tribunal Constitucional en la cuestión de la supletoriedad, las sentencias 118/1996 y 61/1997, desarrollarán hasta sus últimas competencias la postura anterior estableciendo una rígida separación entre las competencias del Estado y las de las comunidades autónomas advirtiendo que resulta viciadas de incompetencia y, por ello, nulas las normas que el Estado dicte con el único propósito de crear derecho supletorio del de las comunidades autónomas en materias que sean de exclusiva competencia de estas, de tal manera que en cualquier caso, ya sean competencias exclusivas o compartidas, el Estado tan solo podrá dictar aquellas normas amparadas por un título competencial específico, siendo nulas todas las normas que supongan una invasión de competencias de cualquier otro ente territorial. De esta manera, el Tribunal Constitucional culmina la separación entre los “ordenamientos autónomos” y el estatal sobre la base del principio de competencia.

De lo expuesto hasta el momento podemos deducir que la supletoriedad del derecho de los funcionarios civiles de la Administración del Estado en el sistema de función pública local adolece de un doble defecto. Resulta ser la traslación de una norma sobre normas importada de un texto preconstitucional incapacitado para constituirse en un referente básico que pueda ser objeto de refundición; resulta ser también una norma impuesta directamente por el legislador estatal que incide en ámbitos materiales sobre los que se pueden proyectar las normas locales que puedan disponerse en función del principio de autonomía. Entiéndase bien que nuestra crítica al sistema de cierre del modelo de fuentes dispuesto para la regulación de la función pública local parte de dos ideas distintas: una, la conservación de un sistema de fuentes que ignora la autonomía local; otra, la utilización de la supletoriedad del derecho estatal para forzar una ordenación del sistema que pretende la homogeneización del derecho de la función pública local con el derecho de la función pública del Estado. Por tanto, la supletoriedad no puede y no debe actuar automáticamente desplazando a través de su aplicación las potencialidades existentes en la potestad normativa local, sin perjuicio de que pueda afirmarse que las lagunas jurídicas que pudieran darse en el derecho autonómico y local, una vez agotadas sus posibilidades de integración, puedan utilizar un derecho estatal como puede ser el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración del Estado, como parámetro para suplirlas, no por indicación del TRRL, sino de un modo más genérico por la vía de la analogía o de técnicas semejantes que permiten localizar alguna regulación que permita salvar un determinado vacío jurídico en el momento de la aplicación.

De hecho estamos convencidos de que la supletoriedad que defiende el TRRL y que, no lo olvidemos, tiene como fundamento último una norma preconstitucional, supone una

extralimitación de los poderes normativos del Estado que reduce, por no decir elimina, la capacidad del poder normativo local sobre su propia función pública articulando un modelo de ordenación de carácter completo del que está ausente la autonomía territorial y de rebote la autonomía colectiva.

Aún más, dicho sistema ha contado y cuenta con la indudable ventaja de resultar ser más directo y operativo para un aplicador del derecho al que resulta fácil y sencillo integrar las normas estatales y las autonómicas de desarrollo con los textos referentes de la función pública estatal para atender a la solución de un problema y producir una decisión singular. La prelación de fuentes en materia de función pública local y, lo que ahora más nos interesa, el alcance de la capacidad normativa de las entidades locales en esta materia, se ha definido esencialmente a golpe de sentencia puntuales sin un marco conceptual general y en base a un esquema de fuentes heredado de una norma preconstitucional que no considera específicamente la posición de la autonomía municipal.

En este contexto no es extraño que se haya construido un modelo normativo que margina y desconoce la competencia local, un modelo que niega la capacidad de las normas territoriales y de los acuerdos colectivos para situarse en el esquema normativo como una fuente de aplicación preferente a la legislación considerada supletoria por una norma estatal discutida y discutible.

De aquí la importancia que adquiere en la construcción de la estructura de las fuentes de la función pública local el artículo 3.1 EBEP 2015, cuando advierte que el personal funcionario de las entidades locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte el propio Estatuto, y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local.

Nos encontramos pues una materia constituida por el régimen jurídico del personal al servicio de las entidades locales que ordinariamente será el resultado de una clara interacción en la que concurrirán el Estado y las comunidades autónomas en el ámbito de sus competencias sobre régimen local y sobre función pública general pero con respeto siempre al espacio de la autonomía local, es decir, a la capacidad de las corporaciones locales para ordenar una parte significativa del estatuto de los funcionarios a su servicio que le permita configurar una política de personal propia.

Conviene recordar aquí que la exposición de motivos del EBEP alude a la progresiva diferenciación de los modelos de empleo público entre las distintas entidades existentes en el

territorio español y aboga por no configurar el régimen de la función pública sobre el modelo propio de la Administración General del Estado señalando que “cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y de los instrumentos de coordinación consiguientes”²⁰⁶.

El respeto al principio de autonomía local que se invoca desde el EBEP resulta enfatizado en el mismo texto básico con el expreso reconocimiento de la capacidad de las diferentes Administraciones públicas para llevar a cabo una significativa regulación en determinadas materias, que puede referirse sin duda a las entidades locales, cuya potestad ordenadora es susceptible de una considerable ampliación en función de que se admita o no la capacidad del poder normativo local para operar un desarrollo directo del EBEP en ausencia de una ley autonómica. Una operación que, en cambio, puede cuestionarse seriamente si después del EBEP se sigue considerando vigente el esquema de fuentes que se considera implícito al binomio constituido por la LRBRL y el TRRL²⁰⁷.

A partir de ahí resultan posibles dos tesis. Si se considera vigente el anterior sistema de fuentes es fácil concluir que, en líneas generales, la aparición del EBEP no supone una mayor alteración de la capacidad de las entidades locales para configurar una política de personal propia, que aparece condicionada por la legislación de régimen local, y sobre todo por el necesario desarrollo de la legislación básica de empleo público por el legislador autonómico, advirtiendo de que hasta que dicho complemento se apruebe, con la finalidad de evitar vacíos normativos, habrá que recurrir a la disposición final cuarta EBEP 2015 donde se prevé que se mantendrán en vigor en cada Administración: “las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto”. Lógicamente ello presupone que hasta que no se proceda a un desarrollo integral de la normativa básica por parte de la ley de función pública de la correspondiente comunidad autónoma se mantendrán los preceptos estatales de conformación que tienen carácter

²⁰⁶ En este sentido, la exposición de motivos del EBEP 2007 señala que: “la emergencia de las Administraciones autonómicas, que hoy cuentan prácticamente con la mitad de los empleados públicos del país, ha hecho aflorar sus propios problemas y necesidades de gestión de personal. Algo semejante puede decirse de las Entidades Locales, que presentan por lo demás hondas diferencias entre ellas”. Al respecto, DÍEZ QUESADA, Agustín. “El Estatuto Básico del Empleado Público: proyección e incidencia en la Administración Local, cumplidos cinco años desde su aprobación”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 315-316, 2011, p. 237.

²⁰⁷ Al respecto, EMBID IRUJO, Antonio. “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 137, 2008, p.18-20, subraya las amplias remisiones a normas o actuaciones de las Administraciones contenidas en el EBEP con respecto a materias tan sustanciales como puedan ser el régimen jurídico del personal directivo, los sistemas de evaluación del desempeño, la determinación de retribuciones o aportaciones a planes de pensiones, la ordenación del tiempo de trabajo, los permisos y licencias, los procesos y las técnicas de selección y el procedimiento disciplinario.

supletorio²⁰⁸. En resumen, la incidencia del EBEP sobre la función pública local quedaría profundamente condicionada en numerosas materias por la existencia o no de una legislación autonómica de desarrollo, permaneciendo vigentes en todo aquello que no contradiga al EBEP las disposiciones reguladoras del empleo público integradas dentro del bloque básico del régimen local y de la función pública general en caso de inexistencia de la misma.

Una tesis esta que niega la importante alteración que supone el esquema planteado por el artículo 3.1 EBEP 2015, alteración que en la práctica presupone una resituación del reglamento local en la prelación de fuentes con capacidad para desplazar la normativa supletoria de origen estatal a sus estrictos límites operativos y una consideración específica de la ley -estatal y autonómica- para enmarcar la norma local que ha de contar con un área de disposición efectiva que le permita definir una política propia en materia de personal.

Así, se ha entendido por un sector relevante de nuestra doctrina que ha afirmado sin paliativos que la legislación de función pública aplicable a los funcionarios locales que se dicte por el Estado y las Comunidades Autónomas debe respetar la autonomía local. Sucede sin embargo que este es un límite impreciso que a reserva de la disposición de las bases estatales, las comunidades autónomas habrán de concretar, pudiendo hacerlo siempre que exista una reserva de ley o un encargo del EBEP a las leyes de función pública de las comunidades autónomas²⁰⁹. No obstante, se advierte que en aquellos preceptos en que EBEP apodera a cada Administración pública o a los Gobiernos respectivos para desarrollar y aplicar su regulación, puede entenderse,

²⁰⁸ La tesis en DÍEZ QUESADA, Agustín. El Estatuto Básico del Empleado, *ob.cit.*, p. 250-251.

²⁰⁹ De esta manera el protagonismo de las comunidades autónomas en esta materia resulta indudable correspondiéndoles delimitar aquellos aspectos que deben ser comunes al personal de la comunidad autónoma y los que han de resultar de aplicaciones al de las otras Administraciones públicas autónomas existentes en su territorio –entidades locales y universidades- y determinar aquellos aspectos en los que la ley autonómica ha de asumir un papel meramente directivo dejando a estas Administraciones la posibilidad de optar entre diversas soluciones o, simplemente, establecer su propio sistema en el marco de la norma legal haciendo efectivo el principio de autonomía local, tal como se dice en CASTILLO BLANCO, Federico A. “El empleo público en la Ley de Autonomía Local de Andalucía”. En RIVERO YSERN, José Luís (Director). *Derecho local de Andalucía*. Madrid: Iustel, 2012, p. 482-483. En esta dirección no estará de más recordar que la legislación de régimen local de las Comunidades Autónomas existente con anterioridad al EBEP que resulta subsistente en muchas de nuestras comunidades opta por la lógica de equiparación del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración Local con respecto al régimen jurídico de los funcionarios de la Administración de la comunidad autónoma en un intento de maximizar el ejercicio de sus competencias y bloquear la supletoriedad de las normas relativas a la función pública de la Administración del Estado, un régimen de equiparación que provoca un efecto negativo ya que en la práctica acaba por bloquear la competencia local en materia de gestión de personal, de manera que se ha afirmado que la equivalencia o la paridad pueden llegar a actuar como un principio jurídico de uniformidad del derecho de las funciones públicas existentes en un determinado ámbito territorial, al respecto FAURE, Bertrand. “Una théorie de l’uniformité de la loi et ses effets sur le droit des collectives territoriales”. En AA.VV. *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l’honneur de Jean-François Lachaume*. Paris: Dalloz, 2007, p. 494-495.

salvo excepción justificada en la propia literalidad del precepto, que se confiere una capacidad de decisión autónoma a las entidades locales sobre su propio sistema de empleo público²¹⁰.

Sin embargo, como ya hemos advertido, el debate no se cierra aquí sino que va más allá al plantearse si las entidades locales disponen de competencia normativa para el desarrollo directo del EBEP. Al respecto se asume que para algunas materias es el propio EBEP el que directamente autoriza el desarrollo normativo local en sus referencias expresas a las Administraciones o a sus gobiernos, lo que equivale a decir que es cada entidad local la que ha de considerar y decidir sobre ciertos aspectos del empleo público²¹¹. En otras ocasiones, el EBEP no atribuye directa y expresamente el desarrollo normativo a cada Administración sino a las reglas que han de estructurar su organización, por lo que se entiende que los mandatos del EBEP se han de integrar con los preceptos de régimen local que atribuyen a las entidades locales la potestad de organización en régimen de autonomía, advirtiéndose al respecto que en la materia “organización” hay que incluir las estructuras burocráticas propias de la función pública local. Hay que recordar también la existencia misma de un poder normativo local sobre la propia función pública que el propio EBEP avala con el único límite de la reserva de ley, lo que permitiría una regulación local de carácter provisional en ausencia de la pertinente legislación autonómica, que pudiera venir enmarcada por los principios y las reglas contenidas en el propio EBEP, normativa que siempre puede ser inaplicada o derogada tácitamente por un precepto de una ley autonómica de función pública posterior con la que resultara incompatible, de manera que la simple habilitación a las leyes de función pública de las comunidades autónomas que contiene el EBEP no pudiera impedir de por sí el ejercicio del poder normativo local al menos de una forma provisoria. Por eso se llega a concluir que en ausencia de ley autonómica, cuya presencia se entiende como un encargo competencial, las entidades locales pueden ejercer directamente su potestad normativa para conseguir un despliegue del EBEP adaptado a sus

²¹⁰ La tesis formulada con toda claridad en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Objeto y ámbito de aplicación”. En SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”. Valladolid: Lex Nova, 2007, p. 70-71.

²¹¹ A tener en cuenta que un planteamiento de este tipo presupone que el EBEP puede haber procedido a una deslegalización de una materia del estatuto de los funcionarios sobre la que exista reserva de ley, planteamiento que resulta harto discutible. De aquí, que algunos autores subrayen que la referencia hecha por el EBEP a la competencia de las distintas Administraciones públicas, invita a plantear si en estos supuestos debe, en todo caso, existir regulación en forma de ley o, por el contrario, las Administraciones públicas pueden considerarse habilitadas para realizar el desarrollo y aplicación del EBEP mediante simples normas reglamentarias, una cuestión que parece no resolverse dando una respuesta general, sino analizando cada precepto y la materia concreta a la que se refiera desde la perspectiva estricta de la reserva de ley. En esta dirección, GÓMEZ CABALLERO, Pedro. “Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las Administraciones públicas”. *Relaciones Laborales*. Nº 23-24, 2008, LA LEY 41271/2008, p. 4.

propias estructuras y necesidades objetivas deduciendo del propio EBEP los principios y criterios a desarrollar.

Como se ha dicho, esta tesis parte del presupuesto de que el poder normativo local, asumido de una manera amplia y natural en el EBEP, encuentra su límite en la reserva de ley. Sin embargo, la reserva de ley existente en el artículo 103.3 CE se concibe aquí con un carácter más limitado, centrado única y exclusivamente en la dicción relativa a: “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”, sin concesiones hacia el elemento estatutario concebido como un modelo de derechos y deberes acabado omnicomprensivo del entero sistema de la relación de función pública. A partir del alcance limitado de la reserva de ley del artículo 103.3 CE, se afirma, en primer lugar, que las exigencias propias de dicha reserva en la práctica se han cubierto en lo esencial por su carácter básico, una asimilación esta derivada de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha equiparado el régimen estatutario reservado a la ley y el contenido básico del estatuto de los funcionarios públicos²¹². En segundo lugar, se recuerda que en ausencia de legislación autonómica las referencias a las leyes de función pública en el EBEP, que no es una norma con capacidad para establecer reservas autonómicas de ley, hay que entenderlas desde una perspectiva material como una llamada expresa a la “norma de desarrollo” que resulte procedente en cada caso y momento. Lo normal será, ciertamente, que el EBEP sea desarrollado por medio de leyes de función pública de las comunidades autónomas, y que esas leyes introduzcan normas directivas, estándares mínimos y normas dispositivas que puedan ser desarrolladas o completadas por cada entidad local. Este es, sin duda, el esquema normal de articulación del sistema de fuentes que ha de entrar en funcionamiento a raíz del EBEP. Pero más allá de esta línea de normalidad no parece que la norma básica estatal impida a los entes locales dotados de autonomía propia el ejercicio de su capacidad para desarrollar directa y provisionalmente el EBEP, haciendo efectivo el: “proceso de reforma, previsiblemente largo y complejo, que debe adaptar la articulación y gestión del empleo público en España a las necesidades de nuestros tiempo”, tal como previene la misma exposición de motivos del EBEP 2007²¹³.

²¹² En esta dirección MAURI MAJÓS, Joan. La distribución de competencias en materia, *ob.cit.*, p. 47, donde se contiene la jurisprudencia constitucional más relevante sobre esta cuestión.

²¹³ Se ha dicho que si el legislador de desarrollo no actúa el potencial modernizador del EBEP quedará apagado, aludiendo a que los grandes vectores de cambio de modelo que contiene el EBEP como pueden ser la carrera profesional, la evaluación del desempeño o la dirección pública profesional se verán postergados, JIMENEZ ASENSIO, Rafael; CASTILLO BLANCO, Federico A. Informe sobre el empleo público, *ob.cit.*, p. 29.

Aún más, la línea doctrinal que defiende esta posición nos recuerda que la referencia a las “leyes de función pública” que contiene el articulado del EBEP, habrá de interpretarse siempre de conformidad con la garantía constitucional de la autonomía local, lo que permite entender que dicha expresión hace referencia a las normas de desarrollo según los criterios generales del sistema de fuentes. Por lo tanto se puede afirmar que disponiendo las respectivas entidades locales de una potestad normativa y de organización que se ejerce de conformidad con el principio democrático cabe un desarrollo normativo directo del EBEP en ausencia de una ley autonómica que cumpla esta función, asumiendo que podrá ocurrir ciertamente que, como consecuencia del principio de jerarquía normativa, una posterior ley autonómica haga decaer la regulación local, pero esta posibilidad en nada impide el ejercicio del poder normativo municipal, simplemente limita la vigencia temporal de la regulación local²¹⁴.

En resumen, como ya hemos dicho la intervención de la ley en el sistema de fuentes de la función pública local se articula en torno a un conglomerado normativo en el que juega un papel esencial la ley de régimen local y el EBEP, así como las otras leyes de función pública que continúan siendo de aplicación: las contradicciones existentes en este bloque normativo no pueden salvarse simplemente acudiendo a la prioridad de legislación básica de régimen local que podría postergar la aplicación de determinados preceptos del EBEP que actúa como una norma de carácter estructural para todas las funciones públicas de las Administraciones que integran nuestro Estado, por lo que será necesario acudir a otros criterios, como puede ser el de la ley posterior en el tiempo para resolver las antinomias más irreductibles.

Dicho conglomerado normativo que adopta una posición de primer nivel también está integrado por aquellos preceptos del TRRL expresamente declarados básicos o que tienen su fundamento y origen en una norma que puede ser considerada básica. Sin embargo la capacidad prescriptiva del TRRL ha de ser cuestionada en todos aquellos contenidos que no puedan ser amparados por una norma básica que haya conservado su vigencia y que no proceda de un texto de factura preconstitucional. En especial, hay que rechazar radicalmente la particular construcción del sistema de fuentes que deriva del cierre del modelo en base a la supletoriedad de la legislación

²¹⁴ La tesis expuesta se desarrolla ampliamente en PRIETO ROMERO, Cayetano; CORRALES GUILLEN, Juan Carlos (Coordinadores). *Estudios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: Aranzadi-Ayuntamiento de Madrid: Madrid, 2008, p. 13-24. En la misma dirección, subrayando la procedencia democrática de los productos normativos aprobados por los plenos de las entidades locales para desarrollar directamente el EBEP, JIMENEZ ASENSIO, Rafael; CASTILLO BLANCO, Federico A. Informe sobre el empleo público, *ob.cit.*, p. 32-35; este mismo planteamiento, aunque apuntando el problemático amparo del desarrollo directo del EBEP por la entidades locales, en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “La función pública local: asignatura pendiente de la autonomía local”. *Revista de Administración Pública*. Nº 191, 2013, p. 456-461.

de funcionarios civiles de la Administración del Estado, importado de una norma preconstitucional y discutido desde la jurisprudencia constitucional como regla de competencia que permite la penetración del derecho estatal en el ámbito de la autonomía territorial²¹⁵.

A nuestro entender, la supletoriedad del derecho estatal debe ceder a favor de la legislación autonómica de desarrollo del EBEP y de la capacidad normativa propia de la autonomía local. De hecho, es el propio EBEP el que dota de contenido y sustancia a la norma local a través de sus llamadas a las Administraciones y a los Gobiernos locales para que puedan desarrollar directamente muchos de sus elementos de modernización, una tarea que puede suponer una función casi estratégica si se entiende que las habilitaciones que el EBEP realiza a las “leyes de función pública” pueden entenderse como llamadas a una regulación de desarrollo que provisionalmente puede asumir el reglamento local²¹⁶.

Con todo, conviene advertir de que esta visión dinámica del proceso reformador abierto por el EBEP contrasta con las posiciones mucho más estáticas de nuestra doctrina judicial que parte de la continuidad del bloque normativo anterior en todo lo que no se oponga al EBEP y hasta tanto no se aprueben las leyes reguladoras de la función pública por las correspondientes comunidades autónomas²¹⁷.

De hecho nuestros Tribunales Superiores de Justicia siguen manteniendo intacta la vigencia y posición de la LRBRL, de la LMRFP y del TRRL en el sistema de fuentes propio de la función pública local²¹⁸. En esta dirección se advierte, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 de la

²¹⁵ Sin perjuicio de que pueda darse una aplicación sensata y prudente del principio de supletoriedad. Al respecto resulta de interés el equilibrado planteamiento de la STSJ del País Vasco de 5 de mayo de 2010, ROJ: STSJ PV 3860/2010, sobre la prolongación de la permanencia en servicio activo después de cumplir los setenta y cinco años de edad y el establecimiento de normas de procedimiento para el ejercicio de este derecho, que consagra la prioridad aplicativa de la regulación autonómica y local, y en su defecto, una vez identificada una laguna en el correspondiente ordenamiento, un uso prudente de las normas estatales dictadas en ejercicio de su propia competencia sobre su personal que pueden llegar a actuar como derecho supletorio.

²¹⁶ VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 278-280, afirma que las referencias o remisiones del EBEP a las “leyes de función pública” hay que entenderlas en sentido material, como una llamada a la “regulación de desarrollo”, conforme a las pautas generales del sistema de fuentes, advirtiendo que la opción constitucional por las bases estatales como normas de eficacia directa que establecen un “mínimo común denominador” normativo en toda España proscribió la posibilidad de un concepto “legal” de bases conforme al cual la regulación estatal es absolutamente ineficaz hasta que no exista una regulación autonómica de desarrollo.

²¹⁷ Una situación que por cierto avala el punto 7 sobre normativa aplicable a partir de la entrada en vigor del EBEP de los “Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración local”, emitidos por la Dirección General de la Función Pública y la Dirección General de Cooperación Local de la Secretaría General para la Administración Pública del Estado.

²¹⁸ Como se puede ver en las SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de febrero de 2011, RJCA/2011/155; y de la Comunidad Valenciana de 18 de mayo de 2012, JUR/2012/254784, donde expresamente se dice: “el régimen jurídico de aplicación de los funcionarios al servicio de la Administración Local estaba constituido, al tiempo de aprobarse el pacto que nos ocupa, además del Estatuto Básico aprobado por la Ley 7/07; por los arts. 126 a 129 (disposiciones generales para el personal al servicio de las Entidades Locales) y 130 y siguientes (disposiciones

disposición final cuarta EBEP 2015, no obstante haber entrado el estatuto en vigor el 13 de mayo de 2007, determinados preceptos contenidos en los capítulos II y III de su Título III, así como en el capítulo III del Título V solo producirán efectos “a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”, desarrollo legal que cuando no ha tenido lugar, presupone que en el ínterin, y a tenor del apartado 3 de la citada disposición final cuarta, “se mantendrán en vigor en cada Administración Pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este estatuto”²¹⁹.

Es más, se percibe un estricto rigor en el abordaje de las llamadas del EBEP a los diferentes Gobiernos y Administraciones para su desarrollo que pudieran ser entendidas como un sistema de habilitaciones específicas al poder normativo local para la regulación autónoma de algunas materias del EBEP²²⁰.

comunes a los funcionarios de carrera) del Texto Refundido de Disposiciones Legales Vigentes en materia de Régimen Local aprobado por RDLeg. 781/1986, de 18 de abril de 1986; por el art. 93 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985; así como por los art. De la Ley 30/1984 de Reforma de la Función Pública de 2 de agosto de 1984, de carácter básico, ex art. 1.3 de esta última norma, que mantenían su vigencia tras la aprobación del Estatuto Básico”. Una posición respaldada también por el Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de septiembre de 2010, ROJ: STS 4551/2010, donde se dice que: “según jurisprudencia reiterada de esta Sala, que la autonomía municipal (art. 140 CE) no permite a las Corporaciones locales invadir ámbitos no atribuidos a su competencia, por incidir en intereses de orden general atribuidos normativamente al Estado, aun concurrentes con los de la propia Entidad local y con sujeción al Decreto 315/64, a las leyes 30/84 y 7/85 y al Real Decreto Legislativo 781/86, así como a la legislación complementaria”.

²¹⁹ La tesis se enuncia con meridiana claridad en la STSJ de Cantabria de 21 de julio de 2009, JUR/2009/374920, donde se dice “el apartado 2 de la Disposición Final Cuarta se cuida de precisar que las normas del EBEP sobre carrera profesional, promoción interna, evaluación del desempeño, derecho retributivos y estructuración del empleo público (capítulos II y III del título III y capítulo II del título V) solo producirán efectos a partir de la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto”, por lo tanto, en lo relativo a estas materias, respecto de las que se contienen algunas de las más interesantes innovaciones del Estatuto Básico, la regulación seguirá igual mientras el Estado y las comunidades autónomas para su respectiva Administración y para la Administración Local en el ámbito de sus competencias, no dicten la legislación de desarrollo. El Estatuto Básico tiene, en estas materias, un simple efecto diferido, pues sus mandatos solo se dirigen al legislador de desarrollo. En la misma dirección, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de febrero de 2011, RJCA/2011/155. Cabe destacar la operación interpretativa realizada por la STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2012, JUR/2013/44070, donde se produce una equiparación entre la estructura de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 EBEP con la establecida en el artículo 23.3 LMRFP, advirtiendo que los efectos del artículo 24 EBEP quedan demorados hasta el momento en que se dicten las normas de desarrollo del Estatuto Básico, y ello porque el EBEP tiene naturaleza de Ley básica necesitada de un desarrollo legislativo ulterior tal como en él se prevé, mientras no se produzca dicho desarrollo, los preceptos derogados por el propio EBEP, entre los que se encuentra el propio artículo 23 LMRFP, únicamente lo están en tanto se opongan a lo dispuesto con carácter básico para todas las Administraciones como mínimo común por el nuevo EBEP, concluyendo que al existir identidad conceptual entre los complementos del artículo 24 EBEP y los del artículo 23.3 LMRFP, se llega a la conclusión de que la aplicación de este último no contraviene lo dispuesto en la norma básica y que sigue siendo de obligado cumplimiento en las corporaciones locales tal como, por otra, parte señala la LRBRL.

²²⁰ La STSJ del País Vasco de 9 de marzo de 2009, JUR/2009/208743, advierte que la primitiva fórmula contenida en el artículo 48.1 EBEP que determina los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos con la frase: “En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes”, salvaguarda la competencia de las CCAA y no de las Administraciones locales por quedar reservado a la ley el estatuto de los

Todo ello, sin perjuicio de destacar alguna tímida obertura a la posible regulación de las materias remitidas por el EBEP a la ley o a la potestad reglamentaria de los Gobiernos por el poder normativo local aunque, claro está, con las lógicas y estrictas limitaciones derivadas de la legislación básica y, obviamente, sin perjuicio de las modificaciones que en tales textos reglamentarios fuese preciso introducir para su perfecta adaptación a lo que en su día estableciesen las normas de desarrollo que se pudieran dictar por Estado o por las comunidades autónomas²²¹.

4. Ley y acuerdo colectivo

4.1. Introducción

Nos confundiríamos si redujéramos nuestro análisis de la relación entre la ley y el acuerdo colectivo a la relación entre la ley y el reglamento local. Las relaciones por considerar son las que se derivan de la ley con un particular tipo de normas jurídicas que definimos como acuerdos colectivos. Ello conlleva el estudio de un peculiar tipo de relación internormativa y su reajuste funcional en un entorno público. Se trata pues de analizar el posible alcance de las normas legales que regulan la institución función pública y su relación con las cláusulas que puedan

funcionarios, con lo que, como dice el precepto, la regulación ha de proceder de los órganos legislativos de las comunidades autónomas, aunque a reglón seguido se afirma que el empleo de la expresión “al menos” suscita dudas, puesto que es equivalente a “como mínimo”, lo que implícitamente da a entender que los supuestos pueden ser más y mejores en sus condiciones en base a la intervención de la negociación colectiva. Más claramente, la STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2012, JUR/2013/36043, acepta considerar los pactos y acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos como “legislación aplicable”. La STSJ de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 21 de junio de 2011, ROJ: STSJ ICAN 2253/2011, subraya que el artículo 13 del EBEP, establece que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, advirtiendo de que la mera lectura del citado precepto, dada la claridad con que el mismo viene redactado, ofrece una solución clara en orden a habilitar a los órganos de gobierno del Estado y de las comunidades autónomas para desarrollar el régimen jurídico básico de este personal directivo, sin que dicha habilitación normativa se otorgue a la Administración local; una tesis por cierto corroborada por la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de noviembre de 2012, ROJ: STSJCV 5576/2012.

²²¹ La STSJ de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, de 28 de junio de 2011, ROJ:STSJ ICAN 4130/2011, sigue manteniendo que la regulación derivada del artículo 13 EBEP para determinar el estatuto jurídico del personal directivo debe dictarse por la vía reglamentaria propia de los poderes estatal y autonómico, pero subraya también que no puede depender de la voluntad de éstos –acometiendo o no el desarrollo normativo correspondiente- la implantación del personal directivo profesional en las entidades locales, ya que ello choca de frente con la expresa inclusión de esta clase de personal y de la regulación jurídica de mínimos en el EBEP, de modo que aunque tenga que ser el poder estatal o autonómico el que en desarrollo de la norma básica defina el régimen jurídico del personal directivo, ello no impide la actuación previa del poder normativo local en orden a configurar el régimen específico local. Dicho planteamiento contrasta con otros pronunciamientos que niegan la posibilidad de regular por vía convencional o reglamentaria las materias remitidas a las leyes de función pública por el legislador básico “ni siquiera de forma provisional”, tal como se puede ver en la STSJ de Asturias de 10 de junio de 2009, ROJ: STSJ AS 5828/2009.

establecerse en los instrumentos colectivos resultantes de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Para ello es imprescindible tener en cuenta la estructura y función de cada grupo de preceptos y las relaciones que pueden establecerse entre normas primarias y normas secundarias configuradoras de una relación de prestación de servicios intervenida fuertemente por unos sujetos colectivos portadores de culturas y técnicas de regulación propias y específicas como pueden ser los sindicatos.

Aquí el bagaje aportado por el análisis de la tipología de las relaciones entre normas laborales y sus principios de articulación se revela imprescindible desde un punto de vista teórico teniendo en cuenta que lo que se pretende obtener es un necesario punto de partida que deberá contrastarse con la doctrina judicial existente en la materia.

El tema es obvio. Se trata de partir del espacio efectivamente ocupado por la ley para la regulación del estatuto de los funcionarios, se trata también de analizar la disposición de los preceptos de la ley con respecto a las normas secundarias propias de la autonomía colectiva que definimos como acuerdos de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Por tanto, convendrá reflexionar sobre la forma de la remisión a la fuente secundaria que se considera admisible y las posibles razones de la admisión o no de determinadas relaciones entre la norma legal y el acuerdo colectivo que se consideran ordinarias y lógicas en el sistema de relaciones laborales regulado por el derecho del trabajo.

Este es un asunto al que hasta ahora se ha prestado poca atención. La afirmación del derecho de negociación en el sistema de función pública debería haber presupuesto por sí mismo un cambio de modelo en la regulación de la relación de empleo público sin renunciar a su componente objetivo, propio del sistema estatutario. Se trataría de pasar de una disciplina centralizada en la ley y el reglamento a una disciplina equilibrada que asegure la posición de la ley y el espacio vital de la norma colectiva. Sencillamente, la introducción del derecho de negociación colectiva en nuestra función pública debería haber supuesto un repliegue de la ley y una forma distinta de disponerla y estructurarla. La cuestión, en síntesis, consistiría en determinar el grado ideal de determinación de la disciplina que se reserva a la ley para el cumplimiento estricto de la función ordenadora del modelo estatutario que prevé la Constitución, determinación que habría de ser respetuosa con un derecho de negociación que una vez reconocido en el estatuto de los funcionarios debería promocionarse y garantizarse efectivamente para la determinación concreta de las condiciones de trabajo.

Por si esto fuera poco, en una época de crisis económica el delicado equilibrio funcional que se mantiene entre la ley y el acuerdo colectivo en el sistema de empleo público parece estar en un serio proceso de alteración. De hecho, con un amplio recurso a la regulación por ley de los territorios del empleo público que hasta fechas muy cercanas resultaban abiertos a la intervención convencional para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, la relación clásica existente entre la ley y el acuerdo fundamentada en el complemento adecuado de una regulación específica adaptada a las especiales condiciones de una organización pública, parece haberse alterado en algunos de sus equilibrios fundamentales y provocado una reacción defensiva.

Para enunciarlo brevemente: en el período de la crisis la función de la ley parece ser la determinar directamente las condiciones de trabajo de los empleados públicos, mientras que la práctica convencional existente en una serie de Administraciones públicas adjudica a la negociación colectiva la función de disminuir o privar de efectividad a las disposiciones con rango de ley que pretenden ordenar dichas condiciones para así poder mantener las situaciones adquiridas.

Aparecen de esta manera nuevas hipótesis de conflicto entre las normas legales y las normas convencionales que se manifiestan cuando leyes estatales posteriores al estatuto básico de los empleados públicos, disciplinan una serie de materias reguladas por normas colectivas en ámbitos que nuestra legislación de función pública atribuye a la negociación y a sus productos. Dicha intervención provoca la suspensión o la inaplicación de la eficacia de los acuerdos convenidos, a la vez que corrige y delimita el territorio de la autonomía colectiva de una manera específica en base a normas con rango de ley singulares y concretas producidas al margen de la legislación general de empleo público.

Se produce así una invasión de la legislación de medidas en áreas de primaria importancia que el EBEP había reservado a la negociación y que se consideran contenidos típicos del acuerdo colectivo, corrección que se viene resolviendo hasta el momento con el recurso estricto al criterio temporal y al principio de jerarquía normativa. Se ampara de esta forma una operación de recuperación de espacios tradicionalmente “convencionales” por normas con rango de ley básica estatal a las que difícilmente puede oponerse un derecho de negociación que carece de

una “reserva de acuerdo colectivo” o de una noción de “competencia privilegiada para el acuerdo colectivo”²²².

En resumidas cuentas, el artículo 37.1 EBEP 2015, que regula el reparto entre fuentes unilaterales y fuentes convencionales para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, resulta ser un precepto de distribución de competencias “débil”, incapaz de soportar la concurrencia de fuentes legales del mismo rango que lo disminuyen y deterioran de forma progresiva provocando un efecto automático de inaplicación o modificación de lo pactado en los correspondientes acuerdos colectivos²²³.

Pero una reflexión estructural es precisa, el mandato directo de la ley, y sobre todo la contraposición entre los diferentes tipos de leyes que regulan el empleo público, hacen que el espacio y la praxis de la negociación colectiva se nos aparezca ahora como un territorio discutido, un territorio abierto, en los que resulta difícil llegar a determinar con sensatez el ámbito propio y adecuado de la norma legal y de la norma colectiva, unos instrumentos de producción normativa que se guían por procesos independientes de construcción y por lógicas distintas de elaboración, por racionalidades propias que conllevan que una fuente se sienta invadida por otra de una forma externa y movilice los elementos del sistema de negociación para limitar o sustituir unas acciones o prohibiciones que impone la fuente legislativa, en lo que no deja de ser un intento último de negar la efectividad real de la ley en el territorio de la autonomía colectiva²²⁴.

²²² Tomamos los conceptos de “reserva de contratación” y de “competencia privilegiada” en la determinación de la disciplina de las relaciones de trabajo público de RUSCIANO, Mario. “Le fonti: negoziatore pubblico e contratti collettivi di diritto privato”. *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, II, marzo-aprile, 2007, p.345.

²²³ El fenómeno de la desnaturalización del ámbito del derecho de negociación colectiva delimitado en las leyes generales por leyes especiales está perfectamente descrito en la literatura comparada que en su día se ocupó de esta materia: D’AURIA, Gaetano. “A proposito del rapporto fra legge e accordo collettivo in tema di retribuzione dei pubblici dipendenti”. *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*. 1998/6, p. 432-434. A través de esta legislación de medidas de excepción se anula a la negociación colectiva como método de regulación de las condiciones de trabajo en el sector público privando a los sindicatos de la participación en las expresiones del poder normativo que las leyes generales les reconocen, tal como se dice en BAYLOS GRAU, Antonio. “Tiempos difíciles”. *Revista de Derecho Social*, 56, 2011, p. 216-217. Se ha afirmado que el calado y la intensidad de algunas de estas intervenciones pueden llegar a vaciar de contenido real a la negociación colectiva alcanzando a su núcleo esencial que en el caso de los funcionarios protegen las leyes generales y los acuerdos y tratados internacionales firmados por España sobre protección del derecho de sindicación y procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, en esta dirección y con respecto al personal laboral al servicio de la Administración nos remitimos a CRUZ VILLALÓN, Jesús. El descuelgue de convenios colectivos, *ob.cit.*, p. 46-50.

²²⁴ Para un planteamiento de estas cuestiones ZOPPOLI, Lorenzo. “La riforma del lavoro pubblico dalla “desregulation” alla “meritocrazia”: quale continuità?”. En ZOPPOLI, Lorenzo (a cura di). *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009, p. 10-11.

De hecho la ley, más aún, la ley o el decreto-ley básico estatal, resulta ser un instrumento de ordenación del empleo público que pretende forzar una gestión unilateral y centralizada de determinadas condiciones de trabajo. El problema estriba en que la efectividad de estas medidas hay que fiarla a la obediencia estricta de los mandatos legales, mandatos que no se está en condición de garantizar en un contexto en el que continúan operando una serie de actores y sujetos portadores de culturas y técnicas de regulación definitivamente alejadas de la imposición unilateral de medidas y más inclinados a la búsqueda de consensos en base a una pluralidad de formas convencionales²²⁵.

4.2. Primacía de la ley sobre el acuerdo colectivo

Uno de los resultados más evidentes de la legislación de crisis sobre el sistema de relaciones colectivas existentes en el ámbito público ha sido el establecimiento de las principales condiciones de trabajo de los funcionarios con normas con rango de ley. Otra, derivada de la primera, es que la ley o la norma con rango de ley se afirman jerárquicamente sobre el acuerdo colectivo en vigor y lo desplazan resultando inaplicable su contenido normativo, y ello aunque la ley referida sea posterior en el tiempo al acuerdo que se sustituye por el efecto ordinario del principio de jerarquía normativa²²⁶.

Nos hemos referido ya a esta cuestión en la primera parte del presente trabajo, pero queremos ahora plantear la especial naturaleza de esta desvinculación legal, advertir de que sus efectos se producen por las normas con rango de ley del Estado pero también por las normas con rango de ley de las comunidades autónomas, y señalar expresamente que las formas de inaplicación legal sobre los acuerdos colectivos autorizan a la Administración, también a la Administración local, una serie de facultades de excepción conectadas íntimamente con las potestades de organización y dirección sobre sus recursos humanos que afectan sin duda a la eficacia última de las normas colectivas en lo que no deja de ser un proceso de reequilibrio excepcional del sistema de poderes y contrapoderes propio de las relaciones colectivas en el empleo público, aunque solo sea de carácter temporal.

²²⁵ Una acida reflexión en esta dirección sobre la aplicación de las últimas fases de la reforma “Brunetta” en Italia se puede leer en ZOPPOLI, Lorenzo. “Bentornata realtà: il público impiego dopo la fase onírica”. *WP CSDEL “Massimo D’Antona”*. IT. 168/2013, p. 9-13.

²²⁶ Un tratamiento exhaustivo de esta cuestión en PEDROSA GONZÁLEZ, Juan. *Relaciones actuales entre convenio y ley*. Albacete: Bomarzo, 2015.

Las leyes y los decretos leyes que se han orientado a la recuperación de la estabilidad presupuestaria suelen contener un precepto por el que se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en su texto normativo²²⁷.

Dicha cláusula contiene la llamada desvinculación legal que se considera derivada del principio de jerarquía normativa introducido en su día a través de la forma de decreto-ley. Pues bien, la doctrina constitucional existente en esta materia nos advierte de que:

- a) El decreto ley que establece medidas específicas de suspensión o inaplicación de normas colectivas que determinan las condiciones de trabajo en el sector público, lo hace sin afectar el régimen general de los derechos, deberes y libertades del título I CE, es decir, sus contenido y elementos esenciales que quedan inalterados por unas medidas de excepción que no afectan a la legislación general.
- b) Las normas de excepción no afectan a la fuerza vinculante del convenio colectivo, es decir, al derecho a la negociación colectiva, y, por tanto, no hay una afectación al derecho de libertad sindical.
- c) Los preceptos legales de excepción no regulan el régimen general del derecho a la negociación colectiva, ni nada disponen sobre la fuerza vinculante de la norma colectiva.
- d) La fuerza vinculante del acuerdo pactado no debe ser confundida con la intangibilidad o la inalterabilidad de la norma colectiva frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma legal sobrevenida.
- e) Es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no solo a la ley formal, sino más genéricamente a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario²²⁸.

²²⁷ Un ejemplo característico de este tipo de normas se puede ver en el artículo 16 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

²²⁸ AATC 85/2011, de 7 de junio; 179/2011, de 13 de diciembre; 180/2011, de 13 de diciembre; 184/2011, de 20 de diciembre; 8/2012, de 13 de enero; 35/2012, de 14 de febrero; y 128/2012, de 19 de junio. Interesa destacar que la eficacia última de la norma colectiva sobre la imperatividad de la ley se ha querido defender en base al artículo 28 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se refiere al derecho de negociación y acción colectiva y que contiene el derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, y al principio de primacía del derecho comunitario, advirtiéndose al respecto por la STS de 26 de marzo de 2014, ROJ: STS 3292/2014, que existe en el derecho europeo una tesis de preferencia de la norma imperativa derivada del poder estatal sobre la resultante de la negociación colectiva, ya que dicho derecho de negociación queda en los tratados de la Unión condicionado a lo que respecto del mismo se regule en las normas de la Unión y en la legislación nacional. En la misma línea la STS de 15 de octubre de 2014, ROJ: STS 4485/2014.

Dicha doctrina recibirá un evidente espaldarazo y adquirirá un matiz distinto con los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre las leyes de medidas urgentes de las diferentes comunidades autónomas para la reducción de su déficit, donde se afirma en línea de principio que los decretos leyes que las contienen no vulneran el derecho de negociación colectiva como parte del contenido reconocido del derecho de libertad sindical ya que no suponen una “afectación” en el sentido constitucional del término de dicho derecho, en cuanto que ni regulan su régimen general ni la intangibilidad de la norma colectiva frente a las normas legales se configura como uno de sus elementos esenciales, por lo que no se ha franqueado el límite material que al decreto-ley impone el artículo 86.1 CE, de no afectar a los derechos, deberes y libertades del título I CE.

Pero no se trata solo de eso. Las leyes de excepción de las comunidades autónomas que contienen medidas para la contención del déficit público contienen también cláusulas de inaplicación de las condiciones de trabajo de su personal funcionario y laboral que están determinadas por la legislación administrativa y laboral general y sus acuerdos y convenios colectivos de aplicación, con lo que está ejerciendo competencias legislativas sobre el régimen jurídico de los funcionarios y el ordenamiento laboral al dictar una regulación que pone en cuestión la eficacia jurídica de los instrumentos de negociación colectiva al margen de los preceptos básicos del Estado que regulan los procedimientos de inaplicación de los convenios y acuerdos normativos en el Estatuto de los Trabajadores, pero también en el Estatuto de los Empleados públicos, y que prevén una desvinculación “administrativa” pero no una desvinculación “legal”²²⁹.

Pues bien, no parece que en estos casos las comunidades autónomas por legislar sobre materias que en principio son de titularidad del Estado se hayan excedido de sus competencias. El problema se resuelve de una manera simple de acuerdo con lo afirmado más arriba: regular sobre condiciones concretas de trabajo es regular sobre la gestión u ordenación del propio personal y no sobre la regulación general. Sencillamente, se trata de medidas de gestión sobre el propio personal que, en modo alguno, invaden o contradicen lo dispuesto en la legislación básica estatal. Por tanto, las normas legales de las comunidades autónomas no inciden sobre títulos exclusivos del Estado como pueden ser la materia “legislación laboral” del artículo 149.1.7 CE, o la materia “régimen estatutario de sus funcionarios”, ya que no se refieren a una

²²⁹ Para un planteamiento del problema y de la doctrina de referencia, MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. “La relación entre convenio colectivo y norma (estatal o autonómica) de extraordinaria y urgente necesidad. Un estudio sobre su fundamentación constitucional. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 174, 2015, p. 29-47

regulación general, sino a las condiciones concretas de los empleados públicos de la propia comunidad autónoma²³⁰.

Por si esto fuera poco se acepta también que, aunque la doctrina constitucional encuadra las medidas estatales de contención del gasto de personal en las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica del art. 149.1.13 CE, y considera además que este tipo de medidas de contención de gastos de personal encuentra cobertura competencial también en el principio de coordinación con la Hacienda estatal reconocido en el artículo 156.1 CE, en función de los mismos preceptos hay que presuponer capacidad a las comunidades autónomas para definir sus gastos. Esa capacidad se incardina precisamente dentro de la autonomía financiera que la Constitución reconoce a las comunidades autónomas. Precisamente, de conformidad con su autonomía financiera cada comunidad autónoma puede fijar las condiciones de trabajo de su personal, las compensaciones, ventajas y ayudas que resulten de la negociación colectiva, respetando, eso sí, los límites impuestos con carácter general por el Estado, y puede adoptar también medidas de contención del gasto público, sin necesidad de una previa habilitación o autorización del Estado en ejercicio de las competencias derivadas del artículo 149.1.13 CE o de otro título competencial. Dichas medidas autonómicas de contención del gasto se consideraran constitucionales siempre que no entren en contradicción con las medidas que el Estado pueda establecer válidamente con esta misma finalidad al amparo de las competencias que le atribuye el mismo artículo 149.1.13 CE²³¹.

Además, parece que la inaplicación legal confiere a la Administración pública que la ha de aplicar por mandato expreso de la ley una especial habilitación para ignorar los procedimientos ordinarios de instrumentalización de la inaplicación administrativa. En esa línea, la jurisprudencia existente sobre esta materia plantea dos claras excepciones referidas al personal funcionario y al personal laboral:

a) Para el personal funcionario, se distingue entre la inaplicación legal que es consecuencia directa e inmediata de una norma con este rango a la que se ha de dar el debido cumplimiento y la inaplicación que se produce a iniciativa y instancias de los órganos de gobierno de la Administración pública a través de la vía abierta por el artículo 38.10 EBEP que presupone una

²³⁰ El problema se discute pero no se resuelve en la STC 104/2015, de 28 de mayo; la doctrina citada se decanta completamente en el ATC 22/2015, de 15 de diciembre.

²³¹ ATC 145/2016, de 19 de julio. En contra de esta posición véase la tesis mantenida en la STS de 27 de marzo de 2014, ROJ: STS 1971/2014, donde se plantea abiertamente una directa relación entre la norma estatal y la norma autonómica de excepción, de manera que el decreto ley autonómico no puede ir más allá de lo que le permite el decreto-ley estatal.

inaplicación fundada en causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas y un ineludible trámite previo de información a las organizaciones sindicales.

b) Para el personal laboral, se distingue también entre la inaplicación legal y la administrativa con base en este caso en el artículo 32.2 EBEP²³²; pero se advierte también de que las modificaciones derivadas directamente de la ley no presuponen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo acordada por el empresario que deba seguir el procedimiento del artículo 41 ET, ni el del artículo 82.3 ET, todo ello con independencia de que la única negociación posible que puede darse en estos casos, si la hubiere, ya que no resulta obligatoria, es la necesaria e imprescindible para instrumentar, en su caso, las obligadas medidas derivadas del necesario cumplimiento de la ley.

c) Más allá de esta posible negociación, se alcance un acuerdo o no, tanto para el personal funcionario como para el personal laboral se habilita la situación necesaria para dictar las oportunas decisiones que permitan dar un cumplimiento estricto al mandato legal a través de la aprobación de órdenes e instrucciones que se dictan en ejercicio de las potestades de organización y dirección de los servicios, y de organización del trabajo, reconocidas por las disposiciones legales vigentes, todo ello sin perjuicio de que en un futuro puedan ser objeto de adaptación en su contenido en el supuesto en que no se llegará a algún tipo de acuerdo²³³.

²³² Véase al respecto la interesante STSJ de Castilla y León de 15 de mayo de 2013, ROJ: STSJ CL 2319/2013.

²³³ En esta dirección existe una dilatada jurisprudencia de la que se pueden citar como muestras representativas, las SSTS de 28 de septiembre de 2012, ROJ: STS 6777/2012; de 25 de septiembre de 2013, ROJ: STS 4898/2013; de 26 de diciembre de 2013, ROJ: STS 667/2013; de 15 de octubre de 2014, ROJ: STS 4485/2014, de 31 de marzo de 2015, ROJ: 2107/2015; de 14 de septiembre de 2015, ROJ: STS 4048/2015; de 10 de noviembre de 2015, ROJ: STS 5716/2015; 13 de octubre de 2016, ROJ: STS 4940; de 9 de marzo de 2017, ROJ: STS 927/2017; de 15 de marzo de 2017, ROJ: STS 1174/2017. Cuestión distinta son los matices que se pueden proyectar sobre los distintos tipos de entes públicos en función de la particular redacción de la norma jurídica en cuestión, lo que parece dar lugar a determinadas excepciones poco justificables racionalmente y que reflejan un manifiesto descuido en la redacción técnica de que hace gala el legislador, tal como se puede ver en las SSTS de 11 de octubre de 2013, ROJ: STS 6526/2013; de 16 de febrero de 2015, ROJ: STS 1222/2015; y de 27 de marzo de 2015, ROJ: STS 1548/2015. Existe una línea jurisprudencial en la que se señala también la necesidad de que este tipo de disposiciones se contengan estrictamente en una aplicación refleja de las normas con rango de ley, advirtiendo que si a su amparo se pretenden otros objetivos habrá que recurrir a los sistemas ordinarios de modificación de las condiciones de trabajo, tal como se previene en la STS de 6 de octubre de 2015, ROJ: STS 5815/2015.

4.3. Las relaciones entre la ley y el acuerdo colectivo

El estudio sobre los diversos tipos de relación entre la ley y el convenio colectivo es un tema esencial en el ordenamiento jurídico laboral, como lo es la discusión sobre el alcance imperativo o dispositivo de las normas que regulan el estatuto de los trabajadores²³⁴.

En todo caso se acepta la capacidad de la ley para configurar sus preceptos de diferente forma con relación a la norma colectiva, de manera que puede optar por atribuirle la regulación de una materia de una forma cerrada y completa, o por establecer una norma mínima que se puede mejorar o completar para su aplicación concreta o, en fin, por aprestarlos de una forma dispositiva aplicables solo en defecto de una norma colectiva²³⁵.

La doctrina laboral nos recuerda que aunque no existe en nuestro modelo constitucional de relaciones laborales un principio de distribución de competencias entre la ley y el convenio colectivo que pueda dar lugar a una tesis de “reserva de convenio colectivo”, en razón del reconocimiento constitucional del derecho a la negociación de los representantes de los trabajadores y empresarios previsto en el artículo 37.1 CE, la ley que regule el estatuto de los trabajadores está obligada a garantizar un espacio vital a la autonomía colectiva, por lo que deberá observar una cierta distribución de ámbitos materiales que permita la realización de aquella, alcanzando un delicado equilibrio entre su irrenunciable función ordenadora y la conformadora del ejercicio del derecho a negociar, de manera tal que el mandato constitucional obliga en último término a una cierta contención de la ley en la ocupación de territorios materiales a efectos de respetar un ejercicio efectivo de un derecho que el legislador ha de promocionar²³⁶.

Este planteamiento puede trasladarse a la función pública desde el momento mismo en que el estatuto de los funcionarios les reconoce el derecho a la negociación colectiva. Lógicamente la norma legal que crea dicho derecho ha de configurar un ámbito significativo para su ejercicio, ámbito que se ha de considerar efectivo desde una perspectiva estricta de actividad del sindicato en defensa de los intereses que le son propios, confiriéndole una posibilidad real de participar

²³⁴ Por citar solo dos trabajos al respecto el estudio ya clásico de GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, y el análisis más reciente de BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Convenio colectivo versus Ley*. Madrid: La Ley, 2008.

²³⁵ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Convenio colectivo versus*, ob.cit., p. 38.

²³⁶ GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. *Ley y autonomía colectiva*, ob.cit., p. 126-137.

en la regulación de los mismos produciendo las correspondientes normas e instrumentos con efectos jurídicos.

Por tanto, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios presupone que el legislador que regulará su estatuto se encuentra obligado a adoptar una actitud activa en la incentivación de la actividad convencional como un medio ordinario de ordenación y gestión de las relaciones de trabajo en el sector público, estableciendo normas que favorezcan la incidencia y la efectividad del sistema de negociación, normas que han de tener una estructura y un contenido sustantivo definido²³⁷.

Todo ello con independencia de los límites positivos y negativos que deban señalarse para un derecho a negociar en defensa de intereses propios en un entorno público sometido a una mayor presión de los intereses generales determinados por los órganos de gobierno de las respectivas Administraciones. El reconocimiento de la preeminencia del interés general y la afirmación del principio jerárquico sobre el interés colectivo exige una orientación de la negociación hacia la consecución de determinados objetivos de imparcialidad y eficacia propios de la acción administrativa y pueden acentuar la presencia de vínculos específicos que refuercen la presencia de normas de derecho necesario y de mandatos derivados de la potestad de organización especialmente dispuestos para la protección de un interés ajeno al que expresa la autonomía colectiva. De la misma manera es evidente la pura existencia de ámbitos excluidos de la negociación en defensa de determinados derechos de los ciudadanos que la Administración debe promocionar y tutelar. De hecho, cuando la relación se establece entre la Administración y los ciudadanos, no hay intereses colectivos en juego, sino el interés general que justifica las potestades administrativas sin que sea posible una intervención de la negociación en aspectos que son inequívocamente administrativos²³⁸.

De la misma manera la mayor presión del interés público puede justificar decisiones de carácter excepcional en todo tipo de situaciones y especialmente en período de crisis. Primacía y

²³⁷ De hecho todos los ámbitos materiales contemplados en la legislación de función pública como objeto de la negociación deberían tener un contenido apropiado o apto a efectos convencionales sino se quiere esterilizar el derecho a la negociación reconocido, tal como se dice en MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “El ámbito material de la negociación colectiva de los funcionarios”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 41, 1995, p.852.

²³⁸ A tener en cuenta que en la doctrina comparada se ha sugerido que el derecho de negociación colectiva de los representantes de los funcionarios resulta ser un derecho “funcional” que ha de atender a la satisfacción de los intereses públicos en presencia, de manera tal que el sindicato debe asumir en un sentido casi esencial intereses “diversos” a los que expresa la noción de autonomía colectiva, al respecto RUSCIANO, Mario. “La reforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti”. *Gionale di diritto del lavoro e di relazione industriali*, 70, 1992, p. 257; también RUSCIANO, Mario. “Organizzazione pubblica e contrattualizzazioni dei rapporto di lavoro”. *Diritto Pubblico*, 1/2008, p. 59-67.

preservación del interés general que puede tener muy distintas manifestaciones pero que sin duda puede alterar en un momento dado el equilibrio de intereses alcanzado a través de un acuerdo colectivo a la vista de circunstancias sobrevenidas y de los diversos escenarios presupuestarios por los que en cada momento puede atravesar un país²³⁹.

Dicho esto conviene enfatizar que es la ley, más concretamente sus preceptos, los que van a determinar en su composición y configuración el margen que puede atribuirse a los productos de la negociación, adoptando la forma bien de derecho necesario absoluto, lo que excluye su tratamiento convencional, bien la de derecho necesario relativo, susceptible de mejora por la negociación, bien de normas supletorias, estableciendo una regulación que solo resulta de aplicación en defecto de una cláusula convencional, bien como norma de remisión, enviando a la negociación el complemento indispensable o el desarrollo preciso de una determinada materia solo regulada en sus aspectos esenciales por la norma legal.

Surgen de esta manera las conocidas relaciones de exclusión, complementariedad o mejorabilidad, complementariedad o colaboración y supletoriedad o disponibilidad de la regulación legal, a las que se puede añadir la relación de subsidiariedad cuando los preceptos legales prevén la regulación provisional o transitoria por el convenio colectivo.

Pero nos parece de interés un aspecto esencial: en este sistema la estructura jurídica del precepto legal es transcendental para delimitar el contenido regulador que se reserva a la norma colectiva. El alcance imperativo o dispositivo de un precepto legal se revela como un aspecto condicionante de la propia función normativa a desempeñar por la negociación en el tratamiento convencional de la materia referida.

Sin embargo lo cierto es que en las normas del Estatuto de los funcionarios no existen o no resultan frecuentes las determinaciones legales sobre la naturaleza imperativa o dispositiva de sus preceptos cara a la negociación colectiva²⁴⁰. Aún más, determinadas relaciones como

²³⁹ En esta dirección GARCÍA MURCIA, Joaquín. Fuerza vinculante e intangibilidad, *ob.cit.*, p. 284-285. En una perspectiva comparada se advierte que la norma inderogable en el sistema del empleo público sirve a una pluralidad de bienes jurídicos protegidos entre los que se encuentran la tutela de los intereses públicos pero también la garantía jurídica del poder de dirección y, en épocas de crisis económica, una pura finalidad de racionalización y estabilización presupuestaria, tal como se puede ver en SIOTTO, Federico. “L’inderogabilità nel lavoro pubblico dopo la riforma”. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*. Nº 4, 2010, p. 484-489.

²⁴⁰ Situación que a primera vista no parece muy distinta de la existente en las normas laborales dadas las manifestaciones de una doctrina acreditada en esta materia, tal como se puede ver en SALA FRANCO, Tomás. “Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate”. En AA.VV. *Homenaje al profesor Juan García Abellán*. Murcia: Universidad de Murcia, 1994, p. 397; SALA FRANCO, Tomás. “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”. *Actualidad laboral*. Nº 32, 2000, p. 534

pueden ser las de complementariedad o supletoriedad son unas perfectas desconocidas para la ordenación de las fuentes propias del empleo público. De hecho, una línea doctrinal muy extendida en la jurisprudencia administrativa las considera propias del ordenamiento laboral y ajenas al sistema jurídico del estatuto de los funcionarios, identificadas erróneamente como principios generales propios y exclusivos del Derecho del Trabajo, cuando lo cierto es que se trata de normas de articulación de carácter general que pueden encontrarse en cualquier tipo de ordenamiento jurídico²⁴¹. Por consiguiente se afirma el carácter predominantemente imperativo de las normas del estatuto de los funcionarios que solo pueden mantener con los acuerdos colectivos una estricta relación de complementariedad siempre que esta última se haya autorizado expresamente por la ley²⁴².

A partir de ahí, la función y el papel del acuerdo colectivo es la propia de la fuente reglamentaria, una función de carácter secundario o terciario, típicamente vicaria, destinada a regular el detalle de ámbitos y situaciones no aptos a la intervención de la ley o de su reglamento ejecutivo.

La desconexión entre la regulación legal del estatuto de los funcionarios y su derecho a la negociación colectiva se acentúa si tenemos en cuenta que dicho estatuto se encuentra disperso en una serie de normas provenientes de legisladores distintos que pueden adoptar diferentes posiciones con respecto a la negociación colectiva. El legislador básico del estatuto funcional puede salvaguardar el margen de configuración legal que corresponde a las comunidades autónomas en virtud de su competencia de desarrollo legislativo, y también puede establecer delegaciones a la negociación colectiva para mejorar el contenido mínimo de los derechos establecidos para el conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones públicas. Pero el dialogo esencial en una norma básica estatal se establece con la norma de desarrollo autonómico. A su vez parece que manteniendo una especie de reparto vertical la ley autonómica debería establecer preceptos generales susceptibles de integración por las normas de la

²⁴¹ Seguramente otras hipótesis interpretativas hubieran sido posibles, como pudiera ser la consideración de los principios que resultaran compatibles con el derecho público, como principios generales relativos a todo tipo de trabajo o relación laboral en el empleo público, tal como ha sucedido en alguna experiencia comparada, al respecto, STINR, Bernard. “L’agent public: réflexions sur la jurisprudence”. *L’actualité juridique. Droit Administratif. AJDA*. 1991-9, p. 587-589. A destacar que determinados principios que se consideran propios del Derecho del Trabajo, como pueden ser el de “norma más favorable” o el del “respeto a la condición más beneficiosa”, son en la práctica criterios o técnicas de resolución de situaciones de concurrencia normativa o de sucesión normativa, tal como se acredita en MERCADER UGUINA, Jesús R. *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014, p. 42-50.

²⁴² AA.VV. *La negociación colectiva en el empleo público*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 151-152.

autonomía local y de la autonomía colectiva, pero lo cierto es que en esta serie de relaciones el dialogo entre la ley, la potestad normativa local y el acuerdo colectivo simplemente no existe.

Dicho esto, podemos pensar en supuestos más extremos, como que el carácter básico de una norma estatal podría resultar compatible con un desarrollo “primario” por la negociación excluyendo directa o indirectamente a legislación de las comunidades autónomas, es decir, teóricamente podríamos llegar a preguntarnos si las posibles remisiones de la ley básica estatal a la negociación colectiva pueden presuponer una exclusión de la capacidad de configuración del legislador autonómico y un apoderamiento de las sedes descentralizadas de negociación para la determinación de una materia que en principio se sustrae a la competencia de los parlamentos autonómicos, aunque no de su tratamiento específico desde la perspectiva estricta del proceso de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la correspondiente autonomía.

Aparquemos de momento esta cuestión aunque conviene retener que el dialogo entre la ley y el acuerdo colectivo planteado en términos unidireccionales puede no llegar a reflejar la complejidad del sistema normativo que determina las condiciones de trabajo existentes en una Administración pública. Sencillamente, las relaciones entre la ley y la norma colectiva en el sistema de función pública son poliédricas y permiten presuponer un régimen jurídico en el que el legislador estatal puede colocarse en una posición de supletoriedad con respecto al legislador autonómico a la vez que considerar a sus propias normas como un mínimo de derecho necesario susceptible de mejora por la negociación colectiva²⁴³.

4.4. La relación de exclusión entre la ley y el acuerdo colectivo. ¿Una relación funcionalizada?

En el Derecho del Trabajo se admite que las leyes pueden contener normas de derecho necesario absoluto que imponen una única solución de forma imperativa impidiendo implícita o explícitamente la existencia de normas convencionales que contengan una regulación contraria, distinta o no conforme a la establecida en un precepto legal²⁴⁴.

De hecho, la norma de derecho necesario absoluto es una norma inderogable por la norma resultante de la autonomía colectiva. La inderogabilidad opera como una técnica de regulación que impide la concurrencia de fuentes de distinta procedencia sobre una misma relación jurídica

²⁴³ Tal como se puede ver en la interesante STSJ del País Vasco de 9 de marzo de 2009, JUR/2009/208743.

²⁴⁴ BEJERANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Convenio colectivo versus*, ob.cit., p. 43-44.

señalando la prevalencia total o parcial, definitiva o temporal, de una fuente sobre otra. Sencillamente, las normas inderogables o de derecho necesario absoluto se imponen sobre las fuentes de distinta naturaleza que aparecen subordinadas a la misma²⁴⁵.

Resulta de interés subrayar que las normas de derecho necesario pueden verse desde dos formulaciones distintas que atienden a su disposición como técnica de regulación y a la expresión del valor o interés que la norma persigue.

Desde una perspectiva técnica puede distinguirse entre normas imperativas explícitas e implícitas. Las primeras serían entendidas como normas prohibitivas o preceptivas, cerradas o rígidas que contienen mandatos taxativos, inequívocos y concretos que pueden ser exigidos por su fijeza y seguridad y que resultan ser normas legales completas y autosuficientes en las que la ley no deja espacio a la negociación colectiva; las segundas se considerarían como normas cuya imperatividad no se expresa de una forma manifiesta sino que hay que deducirla de su propio contenido que se refiere a definiciones de conceptos o instituciones jurídicas, a la atribución de competencias de regulación y gestión, al procedimiento o al proceso, encaminadas en suma a concretar y encauzar la actuación de los diversos sujetos que intervienen en el sistema de relaciones laborales.

Una referencia concreta merecen las normas que refieren a otras normas de rango constitucional o legal con las que se combinan o con las que sencillamente guardan una relación de conexión. Este es un aspecto esencial en las normas que contienen las bases estatales del régimen de función pública. También aquí nos hallamos ante normas legales de derecho necesario estricto aunque a diferencia de las anteriores no son completas y autosuficientes, han de ser completadas por otras normas legales pertenecientes al ordenamiento jurídico de una determinada entidad territorial, aunque resultan ajenas al territorio de la autonomía colectiva²⁴⁶.

Desde la perspectiva estricta de la función de la norma de derecho necesario absoluto, se ha dicho que la inderogabilidad guarda una estrecha relación con el respeto a intereses de carácter general. Cuestión distinta es el tipo de interés general que se defiende a través de estas normas. Para algunos se trata de intereses públicos en un sentido estricto referidos a la colectividad en general y a la necesidad de seguridad jurídica; para otros, se trata de intereses superiores que el

²⁴⁵ CESTER, Carlo. "La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro". *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali*. N° 3, 2008, p. 343-344.

²⁴⁶ BEJERANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Convenio colectivo versus*, ob.cit., p. 43-47.

legislador decide tutelar expresamente y que deben prevalecer sobre el interés individual o grupal que conlleva el ejercicio de la autonomía individual o colectiva.

En todo caso, la finalidad última de la norma imperativa resulta ser la protección del contrayente débil a través de la salvaguarda de principios, bienes y valores de objetiva relevancia implicados en las relaciones contractuales y convencionales como pueden ser el interés a la vida, a la salud, a la seguridad, a la dignidad, a una retribución digna, a la libertad personal, a la profesionalidad, a la promoción a través del trabajo. Pero también se ha mencionado que la función cumplida por la norma de derecho necesario absoluto guarda relación con otra lógica: la necesidad de asegurar una cierta uniformidad a la autonomía contractual privada evitando situaciones de excesiva disparidad. Por tanto, el fundamento último de la imperatividad puede encontrarse en la necesidad de garantizar bienes e intereses constitucionalmente protegidos y de corregir asimetrías contractuales a través de la unificación de las relaciones contractuales²⁴⁷.

En el ámbito público la presencia de la Administración como sujeto titular de la relación de empleo desequilibra cualquier consideración que pueda hacerse sobre el sistema de fuentes. Las normas de derecho necesario absoluto parecen ocupar una mayor extensión conservando un papel reforzado en la determinación de las condiciones de empleo, siendo lo más llamativo que la finalidad de esa mayor intervención no es la tutela del trabajador o la uniformidad de las condiciones contractuales sino la propia conformación de la organización y actividad del sujeto público que ha de ajustarse a criterios de objetividad, eficacia y servicio a los intereses generales²⁴⁸. Sencillamente, las normas del estatuto de los funcionarios no pueden prescindir del buen funcionamiento de los servicios públicos o del correcto ejercicio de las potestades administrativas. Las normas de derecho necesario no pueden agotarse en su tradicional función de asegurar un nivel adecuado de protección a los trabajadores o de proveer a un tratamiento uniforme para todas las relaciones de empleo existentes en las organizaciones públicas, deben responder también a la exigencia de realizar una Administración cuya finalidad institucional es

²⁴⁷ CESTER, Carlo. La norma inderogabile: fundamento, ob.cit., p. 347-350.

²⁴⁸ La STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de octubre de 2004, JUR/2004/286138, resulta paradigmática en esta dirección al advertir de que: “no debe olvidarse que el ámbito de las materias a negociar queda condicionado por la vinculación de la misma al principio de reserva legal, por la vinculación a la Ley de la Administración, por la observancia de ciertos principios constitucionales y la naturaleza y posición institucional de la Administración Pública como servidora del interés general”; igualmente, la STSJ de Cataluña de 9 de julio de 2013, JUR/2013/341095, señalará que: “la negociación de los funcionarios tiene aun mayores peculiaridades que guardan relación con el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al derecho y la necesidad de salvaguardar la eficacia de la Administración y la regularidad de los servicios públicos, esto es, la exigencia de amparar los fines de interés público que están por encima de los intereses individuales o colectivos de los funcionarios públicos”.

servir con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía aunque ello suponga a veces un equilibrio complicado y difícil de mantener²⁴⁹.

4.5. La relación de complementariedad entre la ley y el acuerdo colectivo. ¿Puede aplicarse el principio de norma mínima al estatuto de los funcionarios?

La relación de complementariedad consiste en que la norma legal fija un mínimo que puede ser mejorado por la norma colectiva añadiendo un plus o suplemento a la primera²⁵⁰. Existe pues una norma de establecimiento de mínimos que permite que otra norma la supere suplementando la regulación que instituye. Una nota característica de la relación de complementariedad es que esta se establece siempre entre normas de distinto rango: la superior que establece el mínimo y la inferior que debe respetarlo y, en su caso, mejorarlo prohibiéndosele su empeoramiento²⁵¹. Al imponerse la relación de complementariedad entre las normas legales y las normas convencionales, éstas últimas solo pueden mejorar y nunca empeorar los mínimos dispuestos. Por tanto, el principio de norma mínima supone que cada norma laboral opera, según su rango formal, como condicionante del contenido de las que le siguen por lo que han de considerarse nulas las normas que impliquen una minoración de los mínimos establecidos por otra de superior rango a favor del trabajador a los que este no puede renunciar.

De esta manera, en la práctica el principio de norma mínima si se considera solo con esta perspectiva, queda reducido a una pura cuestión de jerarquía normativa: toda norma de rango inferior ha de respetar el contenido de la de rango superior²⁵². El artículo 3.3 ET contiene este

²⁴⁹ Véase al respecto la complejidad de algunas hipótesis interpretativas que pasan por admitir la mayor intensidad de las normas inderogables en el empleo público sin que puedan suponer una “expropiación” de la capacidad de las organizaciones sindicales para participar en la determinación de las condiciones de trabajo. Al respecto la tensión entre la ley y el acuerdo colectivo en un contexto organizativo determinado por una serie de específicas vinculaciones constitucionales se resuelve admitiendo una mayor intensidad de la ley y la “funcionalización” del acuerdo colectivo a los principios constitucionales, sin que ello suponga una reserva absoluta de ley o de fuente unilateral, sino una obertura al acuerdo colectivo “funcionalizado” por el interés público. Por tanto, un mayor número de normas de derecho necesario absoluto y una “funcionalización” de la negociación colectiva en razón de los intereses públicos en presencia parecen ser los hilos argumentales que permiten la consolidación de la norma colectiva como una fuente del empleo público, tal como se sostiene en SPEZIALE, Valerio. “Contrato collettivo e lavoro pubblico: rapporti tra le fonti e principi costituzionali”. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Nº 70, 1996, p. 327-339.

²⁵⁰ La definición se obtiene de GARCIA-PERROTE ESCARTIN, Ignacio. Ley y autonomía colectiva, *ob.cit.*, p. 173.

²⁵¹ Señalando el principio general y las posibles excepciones, BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. “La aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable en caso de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro de carácter extraestatutario”. *Revista de Derecho Social*. Nº 43, 2008, p. 105-118

²⁵² Como se sostiene en SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*. Madrid. ACARL, 1991, p. 38-40. Sin embargo, como “técnica de regulación” el principio de norma mínima presupone que cuando el legislador interviene en las relaciones laborales suele hacerlo estableciendo

criterio con precisión: las normas laborales pactadas deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario establecidos por las normas de superior rango. Por tanto, los convenios y contratos laborales deben respetar necesariamente las normas mínimas de superior rango.

La conformación de las normas legales como mínimas hace surgir el principio de favor en el juego de las relaciones entre fuentes, en lo que aquí interesa la legal y la colectiva, y el propio principio de norma más favorable como criterio de solución de la concurrencia entre las mismas en caso de coexistencia en el tiempo. Un criterio de naturaleza legal que hay que identificar correctamente a partir del artículo 3.3 ET donde se previene que los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables. Aún más, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3.2 ET, la relación de mejorabilidad entre normas superiores y inferiores queda reservada en exclusiva a las normas colectivas, ya que las disposiciones reglamentarias que desarrollan preceptos establecidos por normas de rango superior no podrá determinar condiciones de trabajo distintas a las señaladas por las leyes. Por tanto, propiamente, las relaciones de complementariedad se han de establecer en exclusiva entre la ley y el acuerdo colectivo, sin que se admita una interposición de la norma reglamentaria estatal.

Pero conviene advertir de que todo el esquema está basado en la premisa fundamental de que la norma que se pretenda disponer como más favorable sea susceptible de ser aplicada por no ser contraria a la norma superior, siendo la clave que hace posible el juego del principio de norma mínima suplementada por una norma más favorable el hecho de que la segunda no ha de resultar contradictoria con la primera sino que ha de procurar su adecuado cumplimiento²⁵³. Es decir, la relación de complementariedad tiene como premisa previa que la norma legal permita regulaciones convencionales de mejora, ya que el alcance de esta regla de concurrencia de normas laborales no puede invalidar el principio de mayor jerarquía o primacía de la ley, cuando esta establece preceptos de derecho necesario.

Ello no significa que se indique expresamente la posibilidad de mejora, aunque, en muchos casos, la formulación de la norma mínima es explícita al utilizarse expresiones tales como, por

exclusivamente unos límites mínimos a la autonomía colectiva, lo que no elimina su capacidad para establecer normas más favorables a las previstas; en esta dirección, MERCADER UGUINA, Jesús R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 109, 2002, p. 25.

²⁵³ Como se advierte tempranamente por CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho español del trabajo*. Madrid: Ministerio del Trabajo, 1976, p. 76.

ejemplo, “mínima”, “al menos”, “condiciones mínimas”, “máxima”; es decir, estableciendo condiciones que pueden venir expresadas en mínimos o máximos, permitiendo un incremento de los mínimos o una disminución de los máximos. En otros casos parece no existir una formulación expresa sino que el carácter de norma mínima susceptible de mejora viene enunciado implícitamente en razón del ámbito de la regulación, admitiéndose en la doctrina laboral que cuando un precepto estatal contiene una regulación sobre una materia que no afecta al orden público o al interés general, y en la que tampoco se excluye ni expresa ni implícitamente a la negociación colectiva, tal precepto por naturaleza resulta susceptible de ser mejorado por la negociación colectiva²⁵⁴.

Por tanto, los convenios colectivos no tienen necesidad de una concreta habilitación legislativa para entrar a regular una determinada institución, les basta con la habilitación ordinaria que ya poseen en el artículo 85 ET y con la expresión de los principios de norma mínima y norma más favorable contenidos en el artículo 3 ET, que garantizan la regulación legal de mínimos de derecho necesario establecidos a favor de los trabajadores y su suplemento convencional siempre que exista un espacio real de mejorabilidad en el mercado de trabajo²⁵⁵.

Dicho esto conviene advertir de que en el empleo público el derecho de negociación resulta directamente proyectado sobre un ámbito determinado de materias establecido en el artículo 37 EBEP. También hay que hacer notar que en el sistema del estatuto de los funcionarios no existe una formulación concreta del concepto de norma mínima más allá del que pueda desprenderse del principio de jerarquía normativa y de la natural irretroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales. Tampoco existe en este entorno normativo una idea explícita de norma más favorable que pudiera compararse a la establecida por el ET. Aun más, una constante jurisprudencia en esta materia parece pretender expulsar del estatuto de los funcionarios el principio de norma mínima que se identifica con el de norma más favorable sin tener en cuenta sus diferencias intrínsecas²⁵⁶. Pero lo cierto es que cuando se lee esta jurisprudencia se acaba

²⁵⁴ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. Convenio colectivo *versus*, *ob.cit.*, p. 401-403.

²⁵⁵ GARCIA-PERROTE, Ignacio. Ley y autonomía colectiva, *ob.cit.*, p. 187; BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. Convenio colectivo *versus*, *ob.cit.*, p. 412.

²⁵⁶ El principio de norma mínima remite a un modelo de coincidencia de la ley y de la negociación colectiva que recaen sobre una misma materia, fijando la ley las condiciones mínimas de protección que no pueden ser modificadas y atribuyendo al convenio colectivo la misión de suplementar los contenidos fijados por la ley; el principio de norma más favorable, aunque aparece estrecha e íntimamente conectado con el de norma mínima como criterio de mejora de la misma, es en puridad una regla de resolución de conflictos normativos radicalmente distinta, ya que dicho principio, aun presuponiendo la observancia de los mínimos de derecho necesario, obliga a escoger entre dos normas, seleccionando una, la más favorable en su conjunto, y desechando la otra; el principio de norma mínima resuelve la relación internormativa en base a un modelo de superposición resultando así ser una técnica de regulación; el principio de norma más favorable lo hace en base a un modelo de exclusión resultando ser, por tanto, una regla aplicación normativa; al respecto, DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. “Poderes

llegando a la conclusión de que lo que se pretende es impedir que una norma convencional más favorable pueda modificar por sí misma una regulación estatutaria en base única y exclusivamente a la mejora de la condición establecida. Es decir, lo que se pretende plantear es algo evidente y es que la norma más favorable de origen convencional no puede contradecir o no respetar la norma superior de origen legal, lo cual por otra parte resulta obvio²⁵⁷.

La posibilidad de suplementar una norma legal pasa por no contradecirla y en última instancia porque su particular estructura constructiva permita una modulación del principio de jerarquía normativa en la medida en que la ley solo prevalece sobre el acuerdo colectivo en orden a las garantías de las condiciones mínimas. Pero es que, en gran medida, la técnica de regulación norma mínima suplementada por una norma más favorable es algo más. Es por definición un instrumento de distribución competencial, o si se quiere de áreas normativas, entre la ley y la norma colectiva que actúa como una base estructural sobre la que se asienta el complejo reparto de relaciones que puede apreciarse entre las fuentes de ordenación de las condiciones de trabajo²⁵⁸. Y lo cierto es que, como se ha reconocido por la doctrina, el estatuto de los funcionarios resulta ser muy parco en la calificación expresa de la naturaleza de sus normas como mínimas y susceptibles de mejora por el acuerdo colectivo, lo que introduce un factor de permanente inseguridad en la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios²⁵⁹. En el sistema estatutario propio del régimen funcional no existe otra posibilidad para determinar la naturaleza mínima de una institución y sus posibilidades de mejora que la de deducirla trabajosamente de la literalidad de las normas y del alcance de su concreta imperatividad. Dicho esto hay que aclarar que en la mayoría de casos poco o nada es posible concluir con seguridad por esta vía, al margen de una serie muy contada y reducida de normas que se califican de mínimas, como puede ser el caso tantas veces citado del artículo 49 EBEP referido a los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género²⁶⁰.

normativos y fuentes de regulación de la relación de trabajo: una relectura del diseño clásico". *Revista de Derecho Social*. Nº 78, 2017, p. 84-85.

²⁵⁷ La posición es de principio en la STS de 14 de octubre de 1996, RJ/1996/7543, cuando se afirma que: "En la normativa rectora de la negociación colectiva de los funcionarios públicos (Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990) no tiene cabida una posible negociación colectiva del régimen funcional contraria a una norma legal vigente, ni la mejora del régimen legal por la negociación colectiva (a diferencia de lo que ocurre en la negociación colectiva laboral)".

²⁵⁸ MERCADER UGUINA, Jesús R. Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo, *ob.cit.*, p. 79-83.

²⁵⁹ SALA FRANCO, Tomás; BLASCO PELLICER, Ángel; ALTÉS TARREGA, Juan Antonio. *La negociación colectiva en el empleo público*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 151-152.

²⁶⁰ Dicho supuesto es el que se toma como referencia en el tratamiento dado a esta cuestión por ROQUETA BUJ, Remedios. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto de Empleado Público*. Madrid: La Ley, 2007, p. 308-309. Tradicionalmente se había presentado también como una constatación de la existencia de esta relación

Así pues, será la doctrina, y fundamentalmente la jurisprudencia de los tribunales, la que tendrá que interpretar el contenido de la norma y su funcionalidad para deducir su concreta naturaleza jurídica como norma mínima susceptible de mejora, para lo que se deberá atender a la estructura de los preceptos legales que se configuren a sí mismos como regulaciones dispositivas o como mínimos susceptibles de una posible relación de complementariedad²⁶¹.

Una jurisprudencia que como se ha dicho muestra un rechazo frontal a la introducción en el sistema de función pública de la relación norma mínima suplementada por una norma más favorable²⁶². Dicho rechazo se fundamenta en el componente estatutario que preside la relación de empleo público, de manera que las condiciones básicas de trabajo de los funcionarios son prefijadas unilateralmente por ley, sin que los acuerdos colectivos puedan reformar los aspectos esenciales de su régimen estatutario a través de la negociación. En concreto, como ya hemos visto, el Tribunal Supremo declarará que las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y de los órganos legislativos de las comunidades autónomas, no permite que tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras. Por consiguiente se deducirá que no puede aplicarse a dicho bloque la teoría laboral de la norma más favorable dado el carácter legal y el componente estatutario de la relación de servicio. Se concluirá también que resulta contraria a derecho la aplicación a los funcionarios de cláusulas de condiciones más beneficiosas, sin que se llegue a advertir por nuestra doctrina judicial de que dichas cláusulas tienen su origen en el contrato de trabajo, en la concesión unilateral del empresario, en los usos de empresa y en la costumbre laboral,

también en el sistema de empleo público, el primitivo redactado del artículo 48.1 EBEP, referido a los permisos de los funcionarios donde se decían que las Administraciones públicas determinarían los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios, sus requisitos, efectos y duración, añadiendo que: “En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes”, en una típica expresión destinada a favorecer una relación de complementariedad que en la SJCA N° 12 de Barcelona, de 24 de julio de 2017, se define como: “una norma de carácter imperativo relativo y supletorio susceptible de mejora por la oportuna legislación de desarrollo”.

²⁶¹ Una problemática que no parece diferir más que en una cuestión de intensidad y grado de la existente en el ordenamiento jurídico laboral, pese a la consagración constitucional y legal de la negociación y de los principios enunciados, tal como se afirma en SALA FRANCO, Tomás. “Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable”. En DE LA VILLA GIL, Luís Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003, p. 127-134. En la misma dirección CAMPS RUIZ, Luís M. El contenido normativo de los convenios colectivos, *ob.cit.*, p. 277.

²⁶² La STS de 2 de abril de 1992, RJ/1992/2586, ya nos advierte que no resulta de aplicación al personal estatutario el principio de norma más favorable, ya que dicho personal, al igual que el funcional, se enmarca en una situación objetiva, cuyos caracteres se perfilan legalmente y son modificables mediante el instrumento normativo adecuado.

resultando completamente ajenas a una relación de función pública construida sobre la teoría del acto-condición para su establecimiento²⁶³.

En definitiva, estamos ante un razonamiento apriorístico que parece querer prescindir de un análisis concreto y específico de la configuración de cada precepto que regula el régimen estatutario que a todos los efectos y en todos sus elementos no puede ser considerado “una plataforma de mínimos”. La lógica es simple: los derechos previstos en el estatuto de los funcionarios no tienen el carácter de mínimos mejorables, sino de condiciones legales o reglamentarias fijas y no alterables por la negociación colectiva, reforzadas en muchas ocasiones por su carácter básico que las hace imperativas e indisponibles²⁶⁴. Una lógica

²⁶³ Véase al respecto, BALLESTER LAGUNA, Fernando. *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*. Granada: Comares, 2001, p. 105-136; sobre el uso del principio de mayor favor y del principio de condición más beneficiosa en su sentido más genérico nos referimos a BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*. Barcelona: Bosch, 2001, p. 20-21. La confusión mencionada es patente en la STS de 18 de noviembre de 1996, RJ/1996/9749. Más correctamente, alguna jurisprudencia de nuestros tribunales advertirá de que: “no se aplican al personal estatutario los derechos adquiridos obtenidos por contrato individual o por concesión colectiva del empresario con efectos individuales incorporados al contrato”, como se explica en la sentencia de la Sala Social del TSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2003, AS/2004/936, firmeza que contrasta con el tortuoso recorrido de la discusión sobre la posible admisión de pactos individuales de condiciones de trabajo con los funcionarios que tuvieran por conveniente adherirse a ellos, que se plantea sin resolverla por la deriva de la discusión hacia una cuestión de antisindicalidad, en la STS de 19 de mayo de 1995, RJ/1995/4277.

²⁶⁴ Recordemos aquí el repertorio de sentencias del Tribunal Supremo que van desde las iniciales de 30 de mayo de 1992, RJ/1992/4454 y de 22 de octubre de 1993, RJ/1993/7544, pasando por la STS de 14 de octubre de 1996, RJ/1996/7543 y la de 3 de febrero de 1997, RJ/1997/923, hasta las del 27 de septiembre de 2000, RJ/2000/8597 y 15 de junio de 2004, RJ/2004/3953, donde se advierte el riguroso carácter imperativo de la legislación básica estatal y de las comunidades autónomas que no puede ser identificada como una plataforma de mínimos objeto de mejora. La doctrina judicial de los Tribunales Superiores de Justicia deducirá de dicha exposición que no puede aplicarse a los funcionarios: “la teoría laboral de las normas más favorables dado el carácter legal y componente estatutario de la relación de servicio”, como se dice, por ejemplo, en la STSJ de Galicia de 3 de junio de 2009, RJCA/2009/566; en el mismo orden ejemplificativo, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de febrero de 2001, determinará: “Los derechos reconocidos por las Leyes a los funcionarios, a diferencia de lo que sucede con los trabajadores, no tienen el carácter de mínimos mejorables sino de condiciones legales o reglamentarias fijas, reforzadas en ocasiones por el carácter básico de la norma, no alterable por la negociación colectiva, sin perjuicio de que previamente pueda establecerse la misma como requisito previo a la elaboración de las normas ya legales ya reglamentarias”; la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004, JUR/2004/233330, resultará más taxativa al establecer que: “Son las normas de Derecho Administrativo que configuran su Estatuto (las) que no pueden ser modificadas a voluntad de las dos partes, a pesar del derecho reconocido a los funcionarios de negociación colectiva”; en la misma dirección, la STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2005, JUR/2005/125396, dirá que: “la relación entre el funcionario y la Administración, en general se define como estatutaria, es decir, regulada en todos sus aspectos por normas jurídicas y donde la autonomía de la voluntad tiene poco espacio, por cuanto dicha relación está presidida por el principio de legalidad”, advirtiendo que: “no existe norma alguna de la que derive la exigibilidad de mejoras”; en un orden similar, la STSJ de Galicia de 29 de enero de 2003, JUR/2003/192677, recuerda el paralelismo establecido en la doctrina del Tribunal Supremo entre normas básicas y normas indisponibles, que después se extenderá a las leyes de las comunidades autónomas, al señalar que: “aún siendo asumido lo negociado por la Administración, en este caso municipal, en todo supuesto ha de respetarse como mínimo el régimen estatutario básico de todos los funcionarios (artículo 1.3 de la Ley 30/1984, y de más preceptos de carácter básico contenidos en leyes específicas) por su carácter indisponible e imperativo”, una expresión que se vuelve más amplia en la STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de diciembre de 2004, RJCA/2005/167, donde simplemente se afirma que: “las condiciones legales estatutarias de los funcionarios no son mínimos, sino condiciones legales rígidas”, advirtiendo la misma Sala del TSJ de Castilla-La Mancha de 2 de julio de 2007,

mayoritaria que parece imponerse en nuestra doctrina judicial pero que tiene un matiz que resulta de un evidente interés, cuando se advierte, después de reconocer la indudable naturaleza estatutaria de la relación de función pública, que toda mejora en las condiciones de trabajo tiene que ser compatible con la regulación establecida en la materia y si no será ilegal²⁶⁵. Se admite, pues, una relación de compatibilidad entre normas legales y normas convencionales que avala el razonamiento último que pretendemos defender: la relación entre norma legal y norma convencional va a depender de su compatibilidad y no contradicción, por cumplir esta última el objetivo pretendido por la ley, con lo que en cada momento habrá que atender a la estructura y función de las normas en cuestión.

4.6. La relación de complementariedad entre la ley y el acuerdo colectivo. ¿Un viejo conocido?

La relación de complementariedad puede considerarse una relación de colaboración normativa en virtud de la cual una disposición remite a otra para completar determinados aspectos de su regulación y permitir así su aplicación formando entre las dos un solo bloque normativo. En nuestro sistema jurídico la relación más típica de complementariedad entre normas es la que se da entre la ley y el reglamento, aunque la particularidad más notable en el ordenamiento laboral es que la norma llamada por ley a complementar su regulación en materia de condiciones de trabajo sea el convenio colectivo en lugar del reglamento, una particularidad que podría hacerse extensible al derecho de la función pública a tenor de la STC 1/2003, de 16 de enero, que

JUR/2007/309176, que: “el reconocimiento de derechos a los funcionarios forma parte de su estatuto y está reservado a Ley; Ley que no necesariamente habrá de ser estatal”.

²⁶⁵ Nos remitimos a las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de junio 2004, JUR/2004/188738; de Castilla-La Mancha de 2 de diciembre de 2004, RJCA/2005/195; de Castilla-La Mancha de 30 de marzo de 2006, JUR/2006/148054; y a la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 5 de noviembre de 2009, JUR/2010/331998 donde literalmente se dice que: “toda mejora en las condiciones de trabajo tiene que ser compatible con la regulación establecida en la materia y si no es ilegal”. En la misma dirección, la STSJ de Asturias de 10 de mayo de 2002, RJCA/2002/594, admite que debe “interpretarse la reserva de Ley en determinados casos 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 en que sea posible, por permitirlo el legislador, cabe mejorar la regulación estatal”. La consecuencia lógica de este planteamiento se deduce en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de octubre de 2004, JUR/2005/801, cuando se señala que: “no cabe desconocer la importancia de dichos mecanismos de negociación en orden a introducir mejoras en el régimen jurídico de los funcionarios públicos, rompiendo progresivamente su rigidez estatutaria; la complejidad de los procesos de negociación y la concurrencia en ellos de factores presupuestarios, políticos, etc., determinan y es algo cuya percepción a nadie escapa, que las mejoras que se van reconociendo, no se introduzcan con carácter general y en términos igualitarios para la totalidad de los funcionarios de la Administración autonómica, sino que se van reconociendo de forma modalizada, por grupos, categorías, por anualidades, etc., de manera que las exigencias del principio de igualdad no operan con igual rigor cuanto nos hallamos ante mejoras del régimen jurídico básico estatutario, fruto de la negociación colectiva, pues de lo contrario se privaría a esta de la flexibilidad que le es propia”.

explícitamente llega a reconocer la función de otro tipo de fuentes normativas, como pueden ser los acuerdos colectivos, como complemento de la ley propia del estatuto de los funcionarios.

Un complemento que se considera debe regular “todo lo indispensable” para garantizar la correcta aplicación y efectividad de la ley, lo que permite que los reglamentos, y también los acuerdos colectivos, precisen preceptos legales vagos e incompletos, hagan explícitas reglas derivadas de los principios legales y corrijan deficiencias de carácter normativo asegurando el desarrollo de la regulación legal que sea necesario por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia ley²⁶⁶.

Por tanto, la función que desarrollar por la negociación colectiva en este campo no es la mejora de las condiciones de trabajo, sino más bien hacer aplicables y operativos los preceptos legales que organizan el sistema de instituciones propias de la función pública en una organización determinada y concreta.

Desde este conjunto de premisas adopta un indudable valor el criterio que se pueda sostener sobre la intensidad de las remisiones normativas que tradicionalmente se delimitan en base a una serie de elementos como pueden ser el de la complitud de la regulación legal, lo que implica que la ley ha de regular la totalidad del régimen jurídico sustancial de la materia pudiendo el reglamento abordar tan solo aspectos adjetivos, colaterales o conexos al núcleo de la materia; el de la mensurabilidad y delimitación de la remisión legal que ha de ser expresa, concreta y específica, sin que sean posibles remisiones genéricas o no circunscritas en su ámbito de aplicación; el de la previsibilidad de la remisión de modo que la ley ha de incluir unos criterios materiales que hagan calculables el sentido de la regulación reglamentaria, y el criterio de la ejecución administrativa, que permite remisiones más amplias cuando a la Administración le corresponda el cumplimiento de la materia reservada²⁶⁷.

Un concepto de remisión que salvo en los ámbitos penal y sancionador, y quizá en el tributario, está siendo objeto de revisión para reconocer que la intensidad de la ley en determinadas materias se reduce a prohibir la habilitación en blanco, y a garantizar que el núcleo esencial de la regulación se establezca por una norma legal; una ley flexible con un contenido estructurado en base a regulaciones de principios o a la fijación de objetivos o de finalidades normativas que la reglamentación ha de perseguir, de manera que se reconoce un margen de actuación a la

²⁶⁶ MELERO ALONSO, Eduardo. Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico. Valladolid: Lex Nova, 2005, p. 81-82.

²⁶⁷ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo *ob.cit.*, p. 347-348.

potestad reglamentaria que va más allá de la idea de complemento indispensable permitiendo establecer regulaciones que en la práctica suponen el ejercicio de opciones de naturaleza política²⁶⁸.

En todo caso, la remisión presupone un mínimo material condicionante de la colaboración reglamentaria, lo que permite distinguirla de la mera habilitación de carácter genérico que a menudo se contiene en cláusulas de estilo para que se dicten las disposiciones necesarias para el desarrollo de la ley, lo que presupone una habilitación para reglamentar no acompañada de una remisión normativa que nuestra doctrina considera insuficiente para autorizar un ejercicio de la potestad reglamentaria que no señala materia²⁶⁹.

De la misma manera la doctrina administrativa es reacia a admitir las existencia de remisiones legales tácitas o implícitas, porque de acuerdo con el modelo dogmático, la colaboración reglamentaria se ha de precisar por la ley a través de unas cláusulas de habilitación que han de determinar el alcance y la finalidad de los posibles desarrollos, aunque se haya aceptado que las remisiones pueden estar formuladas en términos amplios y genéricos resultando posible una forma de remisión implícita a un marco sistemático de referencia del que pueden inferirse o deducirse los requisitos y condiciones que hubieran debido venir en la cláusula de habilitación²⁷⁰.

El tema resulta relevante porque en el derecho laboral se acepta con naturalidad la legalidad de las remisiones tácitas o implícitas a la negociación colectiva, aun cuando no exista una llamada expresa de la ley en función de la natural generalidad y necesidad de concreción de la norma laboral. Es más, se adopta como punto de partida que la norma colectiva en virtud del espacio reservado para ella en nuestro modelo constitucional, aun a falta de remisión o de marco de referencia puede completar, complementar, concretar o desarrollar la regulación contenida en las leyes laborales siempre que el precepto legal lo permita, una opción que sin duda tienen un

²⁶⁸ MELERO ALONSO, Eduardo. Reglamentos y disposiciones administrativas, *ob.cit.*, p. 174-181. Lo que por cierto se reconoce con naturalidad en el ámbito de la función pública, cuando se dice, por ejemplo, en materia de incompatibilidades, que la inclusión de una materia en el principio de reserva de ley no exige que la Ley deba agotar su regulación sino: “solo que debe abordar por sí misma y no a través de una norma secundaria, el núcleo esencial de dicha regulación”, como se advierte en la STS de 30 de septiembre de 1987, RJ/1987/6185. En la misma dirección, la STS de 7 de noviembre de 1997, RJ/1997/9498, referida al derecho de huelga de los funcionarios públicos y al establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga, advierte de que la reserva de ley comporta que: “cuando existe esa reserva, previamente a la regulación reglamentaria, una norma con rango de ley haya fijado las líneas esenciales que deben respetarse por la ulterior regulación gubernamental”. La STS de 29 de enero de 2009, RJ/2008/685, se limita a afirmar que la delimitación del ámbito del estatuto de los funcionarios públicos al que se contrae la reserva de ley “se entiende referido a los elementos determinantes del mismo”.

²⁶⁹ REBOLLO PUIG, Manuel. Juricidad, legalidad y reserva de ley, *ob.cit.*, 1991, p. 135.

²⁷⁰ Para el debate existente en torno a las remisiones implícitas nos referimos a NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 1991, p. 244-247.

difícil encaje con el modelo tradicional de comprensión de la relación entre la ley y el reglamento en el ordenamiento administrativo²⁷¹.

Dicha relación se hace patente de una forma tímida en la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia que se esfuerzan por dotar de contenido y sustancia al derecho de negociación colectiva de los funcionarios sobre la base de tres ideas esenciales:

a) Advirtiendo de que pueden los agentes negociadores particularizar aquellos supuestos genéricos o indeterminados de la norma legal, respetando los límites sustanciales en ella previstos²⁷².

b) Señalando que cabe también proceder a una interpretación que resulte admisible de la norma legal, sin que ello suponga añadir o quitar nada en la cláusula correspondiente, procurando no innovar en la materia²⁷³.

c) Admitiendo que las partes negociales pueden introducirse en materias no reguladas o que reguladas no alteran la naturaleza de la norma del estatuto funcional²⁷⁴.

Dicho planteamiento no deja de ser una aproximación sensata al principio de complementariedad concebido incluso con una dosis de gran libertad que va más allá de alguna posición que se limita a establecer que las normas convencionales y los reglamentos negociados no pueden separarse en ningún momento de la norma legal, por lo que sus disposiciones solo podrán ser aceptadas si no introducen alteraciones en el régimen legal que se toma como referencia, pues en otro caso, evidentemente serán nulas²⁷⁵.

²⁷¹ Al respecto puede verse el amplio planteamiento de la relación de complementariedad que se adopta en BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. Convenio colectivo *versus*, *ob.cit.*, p. 450-452.

²⁷² La doctrina de estas salas es unánime en la función de concreción de los supuestos genéricos o indeterminados que pueden asumir los acuerdos colectivos, tal como se puede ver en las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de noviembre de 2004, JUR/2005/26007; de Castilla-La Mancha de 11 de abril de 2005, JUR/2005/114757; de la Comunidad Valenciana de 25 de julio de 2007, JUR/2007/341220; y de la Comunidad Valenciana de 20 de julio de 2010, JUR/2010/405012. La STS de 6 de mayo de 2010, RJ/2010/4816, reconoce que el reglamento en materia de función pública puede clarificar supuestos de hecho y hacer más explícitos los límites que los configuran, disipando dudas, y sin que ello entre en contradicción con la regulación legal. Más precisa resulta ser la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2008, RJ/2008/8233, cuando advierte el alcance que pueda tener la función colaboradora que el reglamento puede desarrollar en relación con la regulación legal: “alcance que consiste –así se recuerda- en explicitar reglas que en la ley estén simplemente enunciadas o en aclarar preceptos de la ley que no sean precisos, y paralelamente descarta incluir nuevos mandatos respecto de la ley, establecer excepciones al régimen legal si habilitación normativa específica para ello o definir los derechos subjetivos y los deberes y requisitos necesarios para ser titulares de esos derechos”.

²⁷³ Al respecto, la STS de 1 de septiembre de 2004, RJ/2004/5605 y la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 21 de diciembre de 2007, JUR/2008/64548.

²⁷⁴ Una tesis limitada que solo se identifica con claridad en la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de julio de 2008, JUR/2008/354362.

²⁷⁵ Tal como se dice en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 26 de junio de 2000, JUR/2001/90890.

4.7. La relación de supletoriedad entre la ley y el acuerdo colectivo. Una fórmula extraña en el derecho de la función pública

La relación se produce cuando una norma legal se conforma y se declara a sí misma como supletoria de lo eventualmente regulado sobre el particular en las normas colectivas²⁷⁶. La norma legal expresa la regulación normal de una determinada materia, de manera que tiene una función ordenadora y un cierto carácter imperativo, sin que pueda ser desplazada sin razón y justificación, pero se admite su sustitución por un acuerdo colectivo. Por ello puede afirmarse que las normas que se declaran supletorias intentan evitar vacíos de regulación y cumplir una función directiva de la norma de sustitución.

En todo caso, y según la perspectiva que se adopte, nos encontramos ante una relación de supletoriedad de la norma superior, o de disponibilidad de la norma inferior. Es decir, la norma de rango superior atribuye a la norma de rango inferior la competencia preferencial para regular una determinada materia, que resulta disponible por esta, la cual podrá establecer una regulación igual, mejor o peor para el sujeto obligado que la fijada supletoriamente en la norma de rango superior²⁷⁷.

Pero conviene insistir aquí en un factor esencial: son las normas legales quienes pueden señalar su disponibilidad y establecer las posibilidades de actuación de los convenios colectivos. Por tanto, para que la norma convencional sustituya a la legal se hace preciso que esta lo disponga así de manera inequívoca, facultando expresamente a la norma fruto de la autonomía colectiva para regular de distinta forma la previsión contenida en el propio precepto legal. Para ello se utilizan determinadas expresiones como pueden ser el establecimiento de la regulación seguida de la expresión “salvo pacto en contrario”, “a salvo de lo que se disponga en los convenios colectivos” o “sin perjuicio de lo que se establezca mediante convenio colectivo”²⁷⁸.

Por último, hay que advertir de que la disponibilidad puede ser limitada o plena, según lo que la ley establezca al incluir o no condicionantes o finalidades que la norma de sustitución ha de respetar, de manera que es la propia norma legal la que se atribuye el carácter de dispositiva y marca los límites exactos de su sustitución²⁷⁹.

²⁷⁶ GARCÍA-PERROTE, Ignacio. Ley y autonomía colectiva, *ob.cit.*, p. 325.

²⁷⁷ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. Convenio colectivo versus, *ob.cit.*, p. 489.

²⁷⁸ GARCIA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. Ley y autonomía colectiva, *ob.cit.*, p. 345; BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. Convenio colectivo versus, *ob.cit.*, p. 492.

²⁷⁹ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. Convenio colectivo versus, *ob.cit.*, p. 495.

La relación de supletoriedad es prácticamente una desconocida en el sistema de función pública. De hecho, el único supuesto que se había identificado de la misma se ubicaba en el artículo 48.1 EBEP relativo a los permisos de los funcionarios donde se disponía que “En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración” se aplicarían los establecidos en la norma de referencia²⁸⁰. Pues bien, dicho precepto ha sido nuevamente redactado según el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que ha introducido una regulación de carácter absolutamente imperativo “Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos”. Más allá de este antecedente es muy difícil identificar un supuesto o un conjunto de supuestos determinantes de una relación de suplementariedad que afecte al régimen jurídico de los funcionarios públicos, dejando al margen los que provengan de la aplicación al ámbito de la función pública de normas estrictamente laborales²⁸¹.

La observación es importante si tenemos en cuenta que las normas dispositivas amplían las posibilidades reguladoras de la negociación colectiva permitiéndole actuar con menores constricciones y con directivas ciertas del propio legislador, pero también resulta necesario advertir de que dicho tipo de normas y de relaciones permite establecer diferentes niveles de protección y tutela entre unos trabajadores y otros, al prescindirse de la garantía uniformadora que siempre supone el derecho necesario de origen legal. Ello conlleva una pérdida substancial de homogeneidad en las condiciones de trabajo y, si se quiere, hasta una cierta “inestabilidad” de las mismas que casa con la idea de un derecho dispositivo utilizado para la adaptación de la organización a determinadas condiciones y a específicas coyunturas.

Entendida de esta manera la relación de supletoriedad resulta extraña a la lógica interna del sistema del estatuto funcionarial, un sistema de derechos y deberes de carácter rígido y homogéneo que no se puede disponer por el funcionario o por la propia Administración²⁸².

²⁸⁰ ROQUETA BUJ, Remedios. El derecho de negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 309.

²⁸¹ Como pueden ser las contenidas en el artículo 8.2 y 10.3 LOLS.

²⁸² Sobre los riesgos e interrogantes de la relación de supletoriedad nos remitimos a GARCIA PERROTE, Ignacio. Ley y autonomía colectiva, *ob.cit.*, p. 342-345.

5. El criterio de competencia

5.1. La competencia local en materia de función pública

Como hemos dicho el artículo 37 EBEP 2015 remite el objeto de la negociación a un listado de materias y a su relación con las competencias de cada Administración pública. En la misma dirección, el artículo 38.3 EBEP 2015, nos dice que los pactos “se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba”, mientras que los acuerdos “versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. Por tanto, las materias objeto de negociación han de resultar ser de la exclusiva competencia de las entidades locales²⁸³. Sencillamente, el marco de contractualidad está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de organización de los órganos correspondientes de las mencionadas entidades²⁸⁴.

En todo caso, conviene advertir de que el listado de materias susceptibles de negociación no habilita una competencia específica a la autonomía contractual de una entidad local concreta. Tal como se dice en el precepto citado, las materias que pueden ser objeto de negociación lo son en relación con las competencias de cada Administración. Por tanto, la realidad objetiva con la que hay que contar consiste en que las materias negociables, definidas con gran amplitud en el artículo 37.1 EBEP 2015, se refieren a todas las Administraciones públicas, siendo imaginable una negociación en determinados ámbitos territoriales como puede ser el del Estado o el de las comunidades autónomas, que a la vez excluya a otros, como resulta ser el pertinente de las respectivas corporaciones locales²⁸⁵.

En todo caso, el listado de materias tiene un marco jurídico cuyo contorno se delimita en correlación con las competencias de la respectiva entidad local interviniente en la negociación, cuya capacidad de determinación estará a su vez condicionada por las disposiciones legales emanadas por el Estado y las comunidades autónomas, y por el alcance que pueda darse a la reserva de ley que no debe ser confundido con el total ámbito material de la regulación de una institución²⁸⁶.

²⁸³ STS de 5 de diciembre de 2000, RJ/2000/9927.

²⁸⁴ STS de 22 de octubre de 1993, RJ/1993/7544.

²⁸⁵ Véase el interesante análisis que al respecto hace la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2004, RJ/2004/990.

²⁸⁶ STS de 14 de febrero de 1995, RJ/1995/1569. La STS de 14 de diciembre de 2006, RJ/2006/9592, nos dirá que: “la negociación colectiva de los funcionarios públicos tiene estas dos limitaciones básicas: la derivada del principio de reserva de ley en materia de la regulación del estatuto de los funcionarios públicos, y la derivada del ámbito de competencias atribuidas al órgano administrativo del que emane el acto aprobatorio del resultado de la negociación”.

Lógicamente, planteada así la cuestión serán las leyes de régimen local y de función pública general del Estado y de las comunidades autónomas las que definirán la competencia de nuestras corporaciones locales sobre su propia función pública, lo que analizaremos detalladamente en el próximo epígrafe de este trabajo. Sin embargo no estará de más que procedamos a un breve repaso de las normas de cabecera de estos sectores normativos para operar una primera delimitación que pueda servirnos para construir algunas reflexiones previas que nos permitan enmarcar la situación.

A grandes rasgos la competencia local en materia de función pública general puede obtenerse de los artículos 21 y 22 LRBRL, relativos a las atribuciones del alcalde y del pleno, de los títulos séptimos LRBRL y TRRL, relativos al personal al servicio de las entidades locales del mismo texto legal, y, finalmente, de las llamadas que el EBEP hace a las normas de las diferentes “Administraciones públicas”, de esta manera podríamos establecer la siguiente relación de competencias de las entidades locales en materia de empleo público local:

- a) Determinar el número, características y retribuciones del personal eventual atendiendo a los límites y condiciones establecidas por la legislación básica de régimen local y por las leyes de función pública de la respectiva comunidad autónoma²⁸⁷.
- b) Definir las funciones directivas y el régimen jurídico del personal eventual de conformidad con las bases estatales y con la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas²⁸⁸.
- c) Ordenar sus medios personales, correspondiéndoles la elaboración de los instrumentos de planificación de recursos humanos y ordenación de puestos de trabajo, aprobando planes de

²⁸⁷ Artículo 104 y 104 bis LRBRL. Conviene recordar que el artículo 12.2 EBEP 2015 establece que las leyes de función pública han de determinar los órganos de gobierno de las Administraciones públicas que podrán disponer de este tipo de personal, un mandato que puede entenderse cuestionado por el nuevo artículo 104 bis LRBRL, cuyo párrafo 4 establece que, con excepciones de los municipios, las provincias y las islas, el resto de entidades locales o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual, advirtiendo en su párrafo 4 que el personal eventual tendrá que asignarse siempre a los servicios generales y que solo excepcionalmente podrán asignarse, con carácter funcional, a otros de los servicios o departamentos de la estructura propia de la entidad local, si así lo reflejare expresamente su reglamento orgánico, con lo que el espacio de una futura ley autonómica sobre esta materia queda muy reducido sobre todo si se tiene en cuenta que parece más coherente con el alcance del principio de autoorganización que sea la normativa propia de cada ayuntamiento la que lleve a cabo esta identificación. De la misma manera este nuevo artículo 104 bis, incluido por mandato de la LRSAL, determina las dotaciones de los puestos de trabajo cuya cobertura puede corresponder a personal eventual e base a límites precisos relacionados con la población de las diferentes entidades locales, con lo cual la ley estatal acaba estableciendo directamente el número del personal eventual con el que podrá contar una determinada Administración local.

²⁸⁸ Artículo 13 EBEP 2015. En ausencia de norma autonómica lo más sensato parece ser reconocer que los ayuntamientos tienen capacidad para definir provisionalmente a través de su reglamento orgánico la correspondiente estructura directiva que ha de respetar las bases establecidas en el EBEP y inspirarse en los principios contenidos en la legislación de régimen local para definir el estrato directivo propio de los municipios de gran población.

ordenación de recursos humanos, plantillas, relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares y constituyendo los correspondientes registros de personal²⁸⁹.

d) Estructurar sus recursos humanos creando las correspondientes escalas, subescalas, clases y agrupaciones de funcionarios, y, si procede, la pertinente clasificación dentro de ellas en el marco de las leyes del Estado y de las comunidades autónomas²⁹⁰.

e) Formular y aprobar su oferta pública de empleo o instrumento similar y seleccionar a su personal respetando los principios y las reglas básicas a que han de ajustarse los procedimientos de acceso al empleo público²⁹¹.

f) Determinar las agrupaciones profesionales de funcionarios a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados²⁹².

g) Determinar los sistemas de provisión de puestos de trabajo en base a los principios y los procedimientos generales establecidos por la legislación del Estado²⁹³.

h) Promover la actualización y el perfeccionamiento de la cualificación profesional de sus funcionarios²⁹⁴.

i) Implantar las diferentes modalidades de carrera horizontal y vertical²⁹⁵.

²⁸⁹ Artículos 22.2.i) y 90 LRBRL y art. 69.2, 71 y 74 EBEP 2015. En todo caso, conviene recordar que la genérica competencia establecida a favor del Estado por el artículo 90.2 LRBRL, para establecer normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de los puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, habría que considerarla enervada por la reconocida en el artículo 74 EBEP que autoriza a todas las Administraciones públicas para estructurar su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares y previene el contenido mínimos de los mismos.

²⁹⁰ Artículos 167 y 169 TRRL y artículo 72 y 75 EBEP 2015.

²⁹¹ Artículos 21.1.g), 91 y 100 LRBRL, 55 y ss. EBEP 2015. A nuestro entender dentro de este ámbito competencial habría que incluir la aprobación de las bases y las convocatorias respectivas, la determinación del sistema de acceso y el señalamiento de las correspondientes pruebas y ejercicios, en el marco de las previsiones establecidas por el artículo 61.6 EBEP 2015, para la elección de los sistemas selectivos de funcionarios de carrera y de la genérica capacidad reconocida a las Administraciones para determinar las pruebas a incluir en los procesos selectivos, tal como se previene en el artículo 61.1, 2, 3 y 5 EBEP 2015; lógicamente ello supone un cuestionamiento directo de la vigencia y aplicabilidad de la mayoría de los contenidos del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se establecen las reglas básicas y los programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de Administración Local.

²⁹² Artículo 57.1 EBEP 2015.

²⁹³ Artículos 21.1.g) LRBRL, 78 y ss. EBEP 2015.

²⁹⁴ Artículo 16.2 EBEP 2015.

²⁹⁵ Artículo 16.3 EBEP 2015. Conviene subrayar que el artículo 90.2 LRBRL atribuye al Estado la capacidad para establecer normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores: Más concretamente, el artículo 129.1.c) TRRL reconoce al Gobierno del Estado capacidad para establecer las normas básicas específicas de la carrera administrativa, especialmente en cuanto se refiere a la promoción y movilidad. Al mismo tiempo, el artículo 169.2 TRRL, que ha sido declarado expresamente como básico, advierte que la selección de funcionarios de la Escala de Administración General se ajustará a una serie de reglas que matizan los porcentajes de reserva para promoción interna (25% para la subescala

j) Establecer sistemas que permitan la evaluación del desempeño de sus empleados y determinar los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias referidas a la carrera administrativa o al desempeño del puesto²⁹⁶.

k) Determinar cantidades globales destinadas a la asignación de las retribuciones complementarias dentro de los límites máximos y mínimos fijados por el Estado²⁹⁷.

l) Establecer los criterios que seguir y las circunstancias que tener en cuenta para la asignación individual a cada funcionario de las retribuciones relacionadas con el sistema de carrera, el grado de interés, iniciativa o esfuerzo con que desempeña su puesto de trabajo, el rendimiento o resultados obtenidos y los servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo²⁹⁸.

m) Aplicarlas a cada funcionario dentro de los límites máximos y mínimos totales que por todos los conceptos retributivos se puedan percibir en función del grupo profesional y de los factores determinados por la ley de Presupuestos Generales del Estado²⁹⁹.

n) Determinar las retribuciones de los funcionarios en prácticas que, como mínimo, se corresponderán a las del sueldo del subgrupo o grupo en que aspiren a ingresar³⁰⁰

ñ) Destinar cantidades hasta el porcentaje de la masa salarial que se fije en las correspondientes leyes de presupuestos generales del Estado para financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos³⁰¹.

o) Constituir las correspondientes mesas de negociación, determinar las unidades electorales a efectos de elección de representantes y estructuración de órganos unitarios, y acordar la

técnica; 50% para la subescala administrativa). Este esquema no resulta compatible con el artículo 16.3 EBEP 2015 que remite a las leyes de función pública la regulación de la carrera profesional aplicable en cada ámbito.

²⁹⁶ Artículos 20 y 24 EBEP 2015.

²⁹⁷ Tal como se advierte en el artículo 93.2 EBEP 2015, unos límites que resultan establecidos por el artículo 7.2 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los funcionarios de la Administración Local, lo que no resulta contradicho por el artículo 24 EBEP, que expresamente remite la cuantía y estructura de las retribuciones complementarias de los funcionarios a lo que se establezca “por las correspondientes leyes de cada Administración Pública”.

²⁹⁸ Artículo 24 EBEP 2015 y 22.2.i) LRBRL.

²⁹⁹ Artículo 24 EBEP 2015 y artículos 75.bis. 4 y 93.2 LRBRL. Al respecto sigue resultado ilustrativo desde un prisma estricto de reconocimiento de competencias el contenido del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de retribuciones de los funcionarios de la Administración Local

³⁰⁰ Artículo 26 EBEP 2015.

³⁰¹ Artículo 29 EBEP 2015.

creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos³⁰².

p) Establecer la jornada general y las especiales de trabajo de sus funcionarios, teniendo en cuenta lo que previenen las disposiciones básicas sobre jornada de trabajo en el sector público que establecen un mínimo de treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual al que han de adecuarse las jornadas generales y las especiales existentes³⁰³.

q) Determinar los supuestos de concesión de permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sus requisitos, efectos y duración tomando como referencia los establecidos y las condiciones mínimas determinadas por la legislación básica del Estado, y proceder de forma progresiva y gradual a la ampliación de la duración del permiso de paternidad hasta alcanzar el objetivo de las cuatro semanas a los seis años de la entrada en vigor del EBEP³⁰⁴.

r) Aprobar un Código de Conducta propio que especifique los principios y las reglas a los que hayan de ajustarse en el ejercicio de sus deberes sus empleados públicos³⁰⁵.

s) Adoptar planes y otros sistemas de racionalización de los recursos humanos que podrán incluir incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el régimen de seguridad social que le sea aplicable³⁰⁶.

t) Resolver de forma motivada la aceptación o denegación de la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta que se cumpla setenta años de edad³⁰⁷.

u) Conceder la rehabilitación de quien hubiera perdido la condición de funcionario por haber sido condenado a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y entidad del delito cometido³⁰⁸.

³⁰² Artículos 34.1, 39.4 y 45 EBEP 2015.

³⁰³ Artículo 47 EBEP 2015 y disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012.

³⁰⁴ Artículo 49 EBEP 2015.

³⁰⁵ Artículos 52, 53 y 54 EBEP 2015.

³⁰⁶ Disposición adicional 21ª LMRFP que no ha sido incluida en la disposición derogatoria única EBEP y que ha de resultar compatible con lo establecido en el artículo 67.2 EBEP 2015.

³⁰⁷ Artículo 67.3 EBEP 2015.

³⁰⁸ Artículo 68.2 EBEP 2015.

v) Regular los plazos, procedimientos y condiciones, según las situaciones administrativas de procedencia, para solicitar el reingreso al servicio activo de los funcionarios de carrera, con respeto al derecho a la reserva del puesto de trabajo en los casos que proceda³⁰⁹.

x) Corregir disciplinariamente las infracciones del personal a su servicio³¹⁰.

A partir de ahí todo depende del alcance que se quiera reconocer a la autonomía local y al poder normativo inherente a la misma sobre el régimen estatutario de sus funcionarios. La autonomía comporta el poder de adoptar decisiones bajo la propia responsabilidad y comprende de suyo el poder de dictar normas, una potestad que aparece muy debilitada, por no decir difuminada, cuando se entiende que, con arreglo al artículo 92.1 LRBRL, los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen por la legislación del Estado y de las comunidades autónomas, en los términos del artículo 149.1.18 CE³¹¹.

En todo caso, conviene no confundir el principio de competencia con el de legalidad. Una determinada actuación convencional de una entidad local puede discurrir por entero dentro del ámbito reservado a su campo de competencias, observando las normas estatales que limitan y vinculan a las corporaciones locales en su ejercicio o puede suponer una transgresión del ordenamiento jurídico, al aplicar la legislación vigente dentro de sus facultades, pero de una forma indebida.

La distinción es fundamental, porque a menudo se confunde y resulta difícil distinguir lo que es una invasión de la reserva de ley, y por tanto, una infracción del principio de jerarquía normativa, con lo que resulta ser una actuación al margen del sistema de competencias establecido, o lo que, finalmente, puede ser una simple ilegalidad³¹².

Es evidente que partiendo de estas premisas el margen de lo negociable desde un punto de vista competencial puede considerarse ciertamente estrecho, pero conviene no olvidar que en el sistema de fuentes establecido por la legislación básica del Estado en materia de régimen local y del empleo público general se ha afirmado la vigencia y relevancia de la autonomía local, es decir, la capacidad normativa propia de las entidades locales para desarrollar las leyes de función pública y para cubrir el espacio no ocupado por una regulación legal. Una autonomía que se reconoce en el artículo 2 LRBRL, y que se acompaña de la afirmación de las potestades reglamentarias y de autoorganización que contiene el artículo 4.1 LRBRL; una autonomía que

³⁰⁹ Artículo 91 EBEP 2015.

³¹⁰ Artículo 94.1 EBEP 2015.

³¹¹ SSTS de 4 de diciembre de 1995, RJ/1996/1564; y de 23 de julio de 1996, RJ/1996/5743.

³¹² SSTS de 5 de septiembre de 1988, RJ/1988/6704; y de 30 de mayo de 1992, RJ/1992/4454.

se afirma en el artículo 3 EBEP 2015, expresivo del sistema de fuentes del personal funcionario de las entidades locales, que se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación y por la legislación de las comunidades autónomas, respetando siempre la autonomía y potestad reglamentaria de las entidades locales que engarza directamente con el artículo 137 CE y en lo relativo exclusivamente al municipio en el artículo 140 CE.

Por tanto, podemos entender que en materia de función pública local el orden de distribución de competencias se funda en la existencia de ámbitos normativos diferentes con distinta posición y posibilidades de actuación en el ordenamiento jurídico: competencia exclusiva del Estado en orden a las bases del régimen estatutario de los funcionarios, competencia de las comunidades autónomas para la formulación de las correspondientes leyes de función pública, autonomía local y potestad reglamentaria de las entidades locales para configurar su propia política de personal.

Lógicamente, la afirmación de la autonomía local en el sistema jurídico del personal funcionario significa el reconocimiento de un poder normativo a las entidades locales para darse un ordenamiento propio fundado en un contenido competencial cuyo ámbito debe ser respetado por las bases estatales y las leyes de función pública de las comunidades autónomas³¹³.

Resulta imposible referirse a la potestad normativa local sin tener en cuenta al tiempo las competencias locales en materia personal. El ámbito competencial atribuido a un ente contribuye a fijar el grado efectivo de autonomía y el correspondiente poder normativo. El reglamento local resulta ser un medio instrumental de la competencia previamente definida por el ordenamiento jurídico sobre un ámbito material y funcional garantizado. En la esfera de sus competencias las entidades locales aprueban ordenanzas y reglamentos que en ningún caso pueden contener preceptos opuestos a las leyes³¹⁴. Sin embargo, con independencia de cuál pueda ser el ámbito concreto de las competencias locales en materia personal que se habrá de delimitar en base a un análisis específico de los diferentes institutos contenidos en las leyes rectoras de la función pública, es evidente que su mayor o menor amplitud, desde una lógica estricta de interpretación jurídica, va a depender del entendimiento que se tenga del alcance y articulación de las formas reglamentarias locales con la legislación del Estado y de las comunidades autónomas en materia de función pública local.

³¹³ El concepto de autonomía local como poder para crear un ordenamiento jurídico propio en EMBID IRUJO, Antonio. *La potestad reglamentaria de las entidades locales*. Madrid: IUSTEL, 2010, p. 29.

³¹⁴ Tal como reza el artículo 55 TRRL. Subrayando esta conexión EMBID IRUJO, Antonio. *La potestad reglamentaria de las entidades*, *ob.cit.*, p. 56.

5.2. La potestad normativa local sobre la función pública

La primera cuestión que deberemos plantear resulta ser la de los diferentes tipos normativos que pueden producir las entidades locales y su distinta forma de apoderamiento en alguna de las potestades atribuidas a la autonomía local. Hoy es frecuente admitir que entre las normas reglamentarias se comprende una buena cantidad de fuentes diferenciadas en cuanto a su forma y efectos, destacando en materia de personal el apalancamiento de la producción normativa en las expresiones “potestad reglamentaria” o “potestad de organización”³¹⁵. Con estas denominaciones, las normas legales y la doctrina judicial encuadran el poder de las entidades locales de elaborar y aprobar normas e instrumentos de ordenación del personal funcionario. Lo que importa es que dichas actuaciones, con independencia de su procedimiento de producción y expresión formal, resultan ser una expresión del ejercicio de la potestad reglamentaria atribuida a las entidades locales para la producción de normas en materia de personal, que hay que diferenciar y separar del acto administrativo aún de contenido general.

En todo caso, debe advertirse de que los acuerdos colectivos son un tipo reglamentario diferenciado que el ordenamiento jurídico define como acuerdo de condiciones de trabajo. La especialidad del tipo hay que encontrarla en el mismo procedimiento de producción que demanda la formación de su contenido a través de un procedimiento convencional que se articula en la correspondiente mesa de negociación. De hecho, podemos afirmar que el procedimiento de elaboración de esta particular forma reglamentaria resulta ser el de negociación colectiva.

De igual manera, hay que llamar la atención sobre la diferenciación legal existente entre los productos de la negociación colectiva. Los acuerdos colectivos aprobados expresa y formalmente por los órganos de gobierno, correctamente registrados y publicados, resulta ser un tipo normativo peculiar, si se quiere una particular expresión de la potestad reglamentaria local. En cambio, los pactos resultan ser una expresión de la capacidad de decisión de un órgano administrativo, una capacidad limitada a la producción de disposiciones y actos administrativos

³¹⁵ Conviene resaltar la proximidad y a la vez la necesaria diferenciación de ambos tipos de potestades, advirtiéndose que el grado de vinculación entre ellas dependerá de la extensión que se quiera dar al concepto de potestad organizativa, ya que en una acepción amplia, este concepto engloba todas las manifestaciones de poder público que se dirijan a la creación, configuración, puesta en marcha o modificación de organizaciones administrativas, mientras que en acepción más restringida puede limitarse a la potestad normativa de carácter interno que tiene como objeto la propia estructura administrativa; en este sentido, GALÁN GALÁN, Alfredo. “La potestad normativa local de autoorganización”. En MERINO ESTRADA, Valentín (Coordinador). *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*. Granada: CEMCI, 2008, p. 72-74.

que resulta de difícil proyección en el sistema de órganos de gobierno de la Administración local³¹⁶.

En todo caso, aquí no deberían desconocerse las nuevas posibilidades de intervención normativa abiertas a los alcaldes por el régimen de grandes ciudades que les permite dictar bandos, decretos e instrucciones, lo que obliga a plantearse si ello presupone el reconocimiento expreso de una función ejecutiva que les otorga la capacidad para crear derecho y en consecuencia la obligación de proceder a su negociación y formulación de la correspondiente norma convencional que ganaría validez y eficacia jurídica sin otro tipo de intervención más allá de su firma y del oportuno depósito y publicación.

Pues bien, no parece que la adición del término “decretos” pueda vincularse a una potestad autónoma para la producción de normas jurídicas y nuestra doctrina entiende que debe referirse a la capacidad de emanación de distintos actos reglamentarios singulares o generales en relación a los cuales la reglamentación orgánica de cada Municipio podría disponer que fueran aprobados mediante “decreto” de Alcaldía, considerando también la posibilidad de que a través de esta fórmula se aprueben “instrucciones” que en virtud de normas de reparto interno versen sobre la forma de aplicar una ordenanza³¹⁷.

De hecho, y con referencia a posibles “instrucciones” en el ámbito de personal, estas resultarían ser una expresión de la potestad jerárquica, una de las expresiones internas del poder que permite dirigir la actividad de los órganos inferiores de una Administración, con lo que dichas circulares o instrucciones de hecho no contienen normas vinculantes con efectos generales, por lo que en función de su fundamento y de sus destinatarios hay que considerarlas ajenas al ámbito de la negociación como se verá más adelante.

³¹⁶ Nos hemos referido a estos temas en MAURI MAJÓS, Joan. “Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado”. *Documentación Administrativa*. Nº 241-242, 1995, p. 264-269; MAURI MAJÓS, Joan. “Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”. *Presupuesto y Gasto Público*. Nº 41, 4/2005, p. 190. A resaltar, la opinión de otros autores tan solventes como puede ser la de ROQUETA BUJ, Remedios. “Los acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 280-281, 1999, p. 305, que afirman que en el ámbito de las Entidades Locales no cabe la figura del Pacto a que se refería el antiguo artículo 35 LORAP, por entender que la capacidad normativa de la Administración local radica en exclusiva en pleno municipal.

³¹⁷ Seguimos en estas líneas a EMBID IRUJO, Antonio. La potestad reglamentaria de las entidades, *ob.cit.*, p. 72-73. Una posición más matizada se defiende en VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local*, *ob.cit.*, p. 315-319, donde se advierte que la configuración del poder normativo local del alcalde está abierta a la ley, que puede permitirle complementar la regulación de las ordenanzas y reglamentos del pleno; de la misma manera se advierte que no puede descartarse a priori que la competencia residual del alcalde prevista en los artículos 21.2. s) y 124.4. ñ) LRBRL, se exprese también por medio de normas jurídicas.

Por tanto, hay que dejar sentado que los acuerdos colectivos resultan ser una expresión propia de la potestad reglamentaria local en materia de personal. Igualmente, hay que tener en cuenta que pueden existir otras modalidades de producción de ordenaciones específicas en dicha materia que pueden necesitar de un procedimiento de negociación y quedar amparadas en otro tipo de potestad, como la de organización, la presupuestaria o la de planificación. Recuérdese al respecto que la legislación vigente impone la negociación de las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización y tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. También previene que se ha de negociar la determinación y aplicación de las retribuciones que se puedan establecer dentro de los límites señalados por las correspondientes leyes financieras lo que no deja de ser una afectación a la potestad presupuestaria de nuestras entidades locales. De la misma manera se considera obligatorio el tratamiento convencional de determinados instrumentos de planificación de efectivos y ordenación de puestos que tienen una indudable relación con la potestad de planificación y de organización. En la misma dirección, conviene advertir de que determinadas medidas de ejecución administrativa como puedan ser las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos y movilidad han de ser objeto de negociación por imperativo legal tal como previene el artículo 37.1.m) EBEP 2015.

Por lo tanto, el producto típico de la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios es un acuerdo colectivo fundado, desde la lógica de integración en el sistema de fuentes, en la potestad reglamentaria de las entidades locales. Todo ello, sin que las manifestaciones del derecho de negociación se agoten en esta perspectiva, ya que pueden extenderse a la definición de otras modalidades de ordenación general propias del ejercicio de la potestad de organización, de la presupuestaria o de la de planificación con las que cuentan nuestras corporaciones locales, lo que debe tenerse bien presente tanto a efectos conceptuales como en el momento de la aplicación del correspondiente régimen jurídico.

Cuestión distinta resulta ser la posición de los reglamentos locales en el ordenamiento jurídico. En la actual situación venimos de un particular momento histórico en el que se ha ensalzado el principio de autonomía local y su fundamento democrático como clave esencial de la relación existente entre la ordenanza local y la ley.

Los puntos clave de este sistema de relación se fundamentan en las ideas siguientes:

a) Las normas locales ocupan una posición peculiar en el sistema de fuentes, una posición propia y diferenciada de aquella que le correspondería al reglamento en sentido estricto, es

decir, al reglamento ejecutivo. Se trata de normas dictadas en un ámbito de autonomía reconocida y garantizada constitucionalmente, revestidas de una legitimación democrática que expresan una capacidad de configuración propia³¹⁸.

a) La particular posición de las normas locales desde el punto de vista de la observancia del principio de legalidad supone que la ley opera como un marco o límite externo. La ordenanza local no debe tener un contenido contrario a las leyes, de forma que existe una suerte de vinculación negativa de la ordenanza por la ley. La cuestión clave en este aspecto es que el reglamento local se sitúa en una posición de no contradicción con la norma legal. Lo único que se exige es que la actividad normativa local no infrinja la ley. La consecuencia de fondo de este planteamiento es que, en la medida en que el legislador deje espacios normativos sin cubrir, la potestad reglamentaria local podrá ocupar los ámbitos no cubiertos por la regulación legal siempre que no estén excluidos de su competencia o atribuidos a otra autoridad normativa³¹⁹. Del mismo modo puede afirmarse que la potestad normativa local no precisa inexorablemente de una habilitación legal específica para aprobar disposiciones reglamentarias en el espacio no delimitado por la ley. No existiendo ley previa, nuestro ordenamiento jurídico admite reglamentos locales independientes. Caben normas locales que complementen una regulación legal en aspectos no regulados por la ley, como caben también normas legales en ausencia total de ley previa³²⁰. El único límite reside en el respeto a los ámbitos competenciales propios y en la exclusión de toda regulación local que contradiga una ley o invada un espacio reservado a la ley.

b) En todo caso, corresponde a la ley, situada siempre en una posición de supremacía legislativa sobre el reglamento local, garantizar la autonomía local y asegurarle un espacio real de intervención sustantiva sin renunciar a la determinación de los elementos esenciales que puede llegar a demandar la ordenación de una materia³²¹. Dicho ámbito no puede ser una suma

³¹⁸ El argumento se encuentra ampliamente desarrollado en GALÁN GALÁN, Alfredo. *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier, 2001, p. 187-214; también BLASCO DÍAZ, José Luís. *Ordenanza Municipal y Ley*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 86-90. Un relato del mismo se hace en TOSCANO GIL, Francisco. *Autonomía y potestad normativa local*. Sevilla: Comares, 2006, p. 156-170; y PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “La potestad normativa local”. En MERINO ESTRADA, Valentín (Coordinador). *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*. Granada: CEMCI, 2008, p. 27-28.

³¹⁹ EMBID IRUJO, Antonio. La potestad reglamentaria, *ob.cit.*, p. 113-116; GALÁN GALÁN, La potestad normativa autónoma, *ob.cit.*, p. 221-226; BLASCO DÍAZ, José Luís. *Ordenanza Municipal y Ley*, *ob.cit.*, p. 98-109, separa los conceptos de “disposición municipal contraria a las leyes y de disposición municipal diferente a las leyes”. Más taxativamente VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local*, *ob.cit.*, p. 248, afirma que “el poder local ocupa todo el espacio normativo no ocupado por la ley”.

³²⁰ VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local*. *Ob.cit.*, p. 251-252.

³²¹ VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local*, *ob.cit.*, p. 240, se refiere, en una afortunada expresión, a la imposición desde la Constitución a todos los poderes públicos -tanto legislativos como reglamentarios- de un mandato de “optimización del poder normativo local”.

agregada e inconexa de elementos sino que ha de constituir un espacio de decisión que con independencia de su extensión sea cualitativamente compacto y coherente, capaz de ofrecer las condiciones para la formulación y ejecución de una política propia³²².

c) El respeto a la autonomía presupone una necesidad de leyes generales que expresen principios y no regulaciones concretas, asumiéndose que las ordenanzas locales pueden llegar a modular o adecuar las normas de detalle que no sean elementos básicos o esenciales que deban permanecer reservados a la ley, de manera que se ha construido un concepto de reserva “flexible” o “relativa” de ley para cualificar su actuación en los supuestos en los que opera respecto a la potestad reglamentaria local³²³. De la misma manera, la autonomía exige una idea de “contención” de la intensidad de la ley en las materias propias de interés local, cuya función reside en asegurar un espacio útil de regulación en todas las materias de interés local³²⁴. La consecuencia lógica de la formulación de ese ámbito reservado de regulación local presupone también que en materias de interés local, las leyes han de ser interpretadas de tal forma que permitan márgenes suficientes para orientaciones diversas en base a políticas propias³²⁵. Sencillamente, la reserva de ley y las exigencias generales de la misma ley, no pueden entenderse desligadas de las condiciones propias del sistema de autonomías territoriales y específicamente de la garantía constitucional de la autonomía local³²⁶.

d) Aún más, fundamentada la reserva de ley en dos elementos, como pueden ser que la ley sea elaborada por un órgano que se entienda representativo de los ciudadanos y que sea aprobada a través de un procedimiento que asegure el pluralismo político mediante los mecanismos de la crítica y la publicidad, lo cierto es que la ordenanza, por la propia naturaleza política de la organización local, puede incorporar tales elementos, por lo que resultaría apta para ocupar el

³²² Esta formulación en PAREJO ALONSO, Luciano. La potestad normativa local, *ob.cit.*, p. 34.

³²³ GALÁN GALÁN, Alfredo. La potestad normativa autónoma, *ob.cit.*, p. 251-255; ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “La potestad normativa local”. *Anuario del Gobierno Local 2001*. Madrid: Marcial Pons, 2001, p. 48-50. También, CUCHILLO FOIX, Montserrat. “Gobierno local, Administración local y potestad normativa local”. *Derecho privado y Constitución*. Nº17, 2003, p. 188.

³²⁴ Esta precisión aparece de forma muy temprana en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *ob.cit.*, p. 248. En la misma dirección, BELLO PAREDES, Santiago A. *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español*. Madrid: INAP, 2002, p. 161-202; VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local*, *ob.cit.*, p. 246-248, se refiere a dicho espacio como una “reserva constitucional de ordenanza” derivada directamente de la garantía constitucional de la autonomía local prevista en los artículos 137, 140 y 141 CE.

³²⁵ Introduciendo este criterio hermenéutico, VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho local*, *ob.cit.*, p. 248.

³²⁶ BLASCO DÍAZ, José Luís. Ordenanza Municipal y Ley, *ob.cit.*, p. 141, acaba por considerar que “en la regulación que realice la ley de la materia que le ha sido constitucionalmente reservada, su alcance material no podrá ser tal que desconozca que junto a sus disposiciones han de ir insertadas otras provenientes de la Entidad local, en cuanto goza de determinadas competencias sobre la misma al estar presentes intereses que afectan a la comunidad vecinal que le sirve de base, de forma que, de suprimirse el potencial poder de decisión municipal, desaparece uno de los elementos esenciales de la autonomía”.

espacio normativo de la reserva de ley, más concretamente, el espacio vacante o el dejado por un legislador “contenido”. En todo caso no parece que las normas emanadas de los órganos representativos de las corporaciones locales puedan ser unos adecuados sustitutivos de las normas legales para satisfacer otros principios a los que también sirve la reserva de ley, como pueden ser los de preservación de la unidad del ordenamiento o de la básica posición de igualdad de todos los ciudadanos³²⁷.

e) Todo lo dicho presupone que los reglamentos estatales y autonómicos solo pueden ser considerados como un límite de la potestad normativa local en tanto que puedan apoyar su regulación en una ley o considerarse como un desarrollo necesario y coherente de una norma legal expresa³²⁸. Sencillamente, la relación entre la ordenanza y el reglamento estatal o autonómico no se resuelve de inicio con la prevalencia de la norma reglamentaria sobre la ordenanza local. Con carácter general, las ordenanzas locales no están en línea de continuidad de los reglamentos estatales y autonómicos sino separadas de ellos por el principio de competencia, con independencia de que existan situaciones en que pueda existir ordenación jerárquica por mandato de la ley, ya que en última instancia la posición entre reglamentos dependerá de lo que expresamente determine la ley, y solo la ley, pues en ningún caso el reglamento estatal o autonómico es una fuente normativa adecuada para definir su propio rango y posición respecto de las normas locales³²⁹.

A favor de esta posición pueden citarse las referencias constitucionales al principio de autonomía local contenidas en los artículos 137 y 140 CE, los preceptos estatutarios que como el artículo 87.3 EAC, afirman la potestad normativa local, como expresión del principio democrático, a los que hay que sumar el artículo 55 TRRL que se limita a prohibir las

³²⁷ La tesis se formula por NIETO, Alejandro. Derecho administrativo sancionador, *ob.cit.*, p. 109, afirmando que: “podría admitirse que las Ordenanzas cumplen el requisito de la reserva de ley desde una perspectiva institucional y democrática”. El argumento con un mayor grado de desarrollo y profundidad en ORTEGA, Luís. La potestad normativa local, *ob.cit.*, p. 44-47 y 52; GALÁN GALÁN, Alfredo. La potestad normativa autónoma, *ob.cit.*, p. 198-212. La referencia a una matización o modulación del principio de reserva de ley en función del carácter democrático-representativo de los órganos de los ayuntamientos que aprueban las ordenanzas también está presente en FONT i LLOVET, Tomas. “La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoadministración corporativa”. *Derecho Privado y Constitución*. Nº 17, 2003, p. 257-258.

³²⁸ EMBID IRUJO, Antonio. La potestad reglamentaria de las entidades, *ob.cit.*, p. 144-148.

³²⁹ BLASCO DÍAZ, José Luis. Ordenanza municipal y ley, *ob.cit.*, p. 91-93. Tal como se dice en TOSCANO GIL, Francisco, Autonomía y potestad normativa, *ob.cit.*, p. 108-110. VELASCO CABALLERO, Francisco, Derecho local, *ob.cit.*, p. 283-303, adopta una posición más relativista en este punto advirtiendo que es la ley en cada momento la que especifica los criterios de relación entre normas infra legales, pudiendo optar entre diferentes modelos de articulación, entre los que se detallan el de jerarquía normativa, el de competencia o el de primacía aplicativa, apuntando finalmente que, por principio, las normas locales primen sobre los reglamentos gubernativos, aunque esa primacía se puede quebrar allí donde la ley, de forma expresa, “delega” al Gobierno la regulación de una concreta materia.

ordenanzas que contengan “preceptos opuestos a la leyes”, añadiéndose también, como elemento de más significación por su naturaleza jurídica de tratado internacional, la referencia contenida en la Carta Europea de la Autonomía Local cuando señala, en su artículo 4.2, que las entidades locales tienen, dentro del ámbito de la ley, es decir, sin desbordarla, “libertad plena para ejercer su iniciativa en toda materia que no esté excluida de su competencia o atribuida a otra autoridad”³³⁰.

Estas referencias generales han de ser completadas en el ámbito específico del régimen jurídico del personal funcionario con la indicación propia contenida en el artículo 31.7 EBEP 2015 donde se explicita que el ejercicio del derecho de negociación deberá respetar, es decir, no contradecir, el contenido del Estatuto y las leyes de desarrollo previstas en el mismo. Ese es el sentido que hay que darle al artículo 37.1 EBEP 2015 cuando advierte que serán objeto de negociación una serie de materias con el alcance que legalmente proceda en cada caso, lo que supone afirmar el principio de jerarquía normativa y la capacidad de la ley para configurar el territorio propio de la autonomía colectiva, su extensión y alcance a través de su previa existencia y delimitación normativa al margen del cual puede actuar el acuerdo colectivo con la única limitación de no contradecir y desarrollar el mandato de la ley atendiendo a sus guías concretas, a los objetivos a cumplir o a los resultados a obtener, sin que ello presuponga que la relación entre la ley y el acuerdo colectivo esté presidida por un principio de vinculación positiva de la ley, donde cualquier intervención normativa de la autonomía local y de la autonomía colectiva debería estar necesariamente prevista y ordenada en la ley.

Aún más, nos parece preciso resaltar que el elemento democrático implícito en la potestad normativa propia de los entes locales se refuerza aquí por el elemento participativo que supone la negociación por los funcionarios de la determinación de sus condiciones de trabajo a través de procesos de reglamentación convencional, una participación que quedaría frustrada sin la existencia de una serie de caracteres mínimos esenciales que la doctrina comparada remite a la existencia de una significativa área de relaciones entre la Administración y la representación de personal sujeta a procedimientos negociados, y a la garantía de una sustancial incidencia de la voluntad de los sujetos colectivos en dicho procedimiento³³¹.

³³⁰ Tal como se dice en EMBID IRUJO, Antonio. La potestad reglamentaria de las entidades, *ob.cit.*, p. 114-116.

³³¹ Véase al respecto una argumentación clásica en ORSI BATTAGLINI, Andrea. “Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici”. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*. Nº 59-60, 1993, p. 467.

Sencillamente, el acuerdo colectivo no solo es una expresión de la autonomía colectiva sino también la manifestación más directa de un derecho democrático de participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios afirmado también por tratados internacionales sectoriales como pueden ser los Convenios de la OIT que ya conocemos. Juega aquí, pues, si se quiere decir de esta manera, un criterio de “cualidad de la fuente”, sustentado sobre la base de la participación de centros y grupos de intereses en la producción normativa, como realización de un principio, por el que mientras las fuentes participadas expresan el valor democrático, tanto formal como sustancial, las fuentes no participadas lo hacen solo desde la perspectiva formal. Una cualidad esta que opera fundamentalmente, pero no exclusivamente, entre fuentes situadas en el mismo nivel de desarrollo de otra principal, de manera tal que en aquellos supuestos concretos en que se configura una pluralidad de fuentes teóricamente legítimas para satisfacer una demanda del sistema normativo, aparece la obligación de priorizar una determinada fuente en función de una serie de valores y principios, como pueden ser la autonomía local y el derecho a participar en la determinación de las condiciones de trabajo que mantienen, no lo olvidemos, un indudable alcance constitucional.

Desde esta perspectiva puede advertirse que el legislador ordinario resulta vinculado en su propia actividad por la existencia de una determinada competencia de carácter secundario que matiza la extensión y la disposición de sus preceptos y condiciona la posibilidad de disponer de una u otra fuente que desarrolle o complete sus mandatos.

6. El ámbito de la negociación

6.1. Unidad, nivel y ámbito apropiado de negociación

El artículo 37.1 EBEP 2015 advierte de que “Serán objeto de negociación, en su ámbito respectivo” una serie de materias que se listan a continuación. Por tanto, la noción de “ámbito” de la negociación, matiza y condiciona el objeto de la misma, de manera que solo se puede negociar en un determinado ámbito las materias que resultan ser un objeto propio del mismo.

La referencia expresa a las materias que se han de tratar en el “ámbito respectivo”, alude esencialmente al nivel y a la unidad de negociación donde se va a abordar el tratamiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Aunque los conceptos de nivel y de unidad de negociación suelen manejarse indistintamente, lo cierto es que son distintos. El nivel se refiere

a una posición en la estructura de la negociación no exenta de elementos jerárquicos. La unidad delimita a los trabajadores y empresarios representados para una negociación.

Más allá de esta distinción nuestra doctrina diferencia entre la unidad de negociación y el ámbito del convenio colectivo. La unidad se concibe como el marco en el que los representantes de los trabajadores y empresarios desarrollan la actividad de negociación, pero sus dimensiones no tienen por qué coincidir con las que luego tenga el ámbito de aplicación del convenio que se negocie, ya que dentro del marco en el que se esté negociando puede delimitarse qué trabajadores y empresarios son los destinatarios de las reglas pactadas, y solo estos, y no todos los que cupieran en ese mismo módulo, serán los que integren el respectivo ámbito de aplicación de la norma colectiva.

Es en este sentido en el que se dice que los conceptos de unidad de negociación y ámbito de aplicación son distintos, dado que mientras el nivel de negociación es el espacio en el que se enmarca la negociación colectiva, el ámbito de aplicación son los trabajadores y empresarios que, dentro de ese marco, resultan ser los destinatarios de las reglas pactadas³³².

De hecho, se ha dicho que en el espacio de la negociación se pueden determinar ámbitos personales, funcionales y geográficos. En primer término, el ámbito funcional toma en consideración la actividad del trabajador, el oficio o el concreto trabajo que este realiza. En segundo término, el ámbito personal puede o no comprender a todos los trabajadores de una determinada unidad productiva. En tercer término, actúa el espacio geográfico, su localización espacial, refiriéndose a un determinado centro de trabajo o a todos los centros de trabajo de una misma empresa, localizada en una localidad o en varias; por tanto, la referencia expresa se hace a la localidad, a la provincia, a la región o al Estado, como nivel que se considera más idóneo u oportuno para la actividad contractual³³³.

Resulta habitual dividir los sistemas de fijación de los niveles de negociación según su determinación previa por el legislador o, por el contrario, según sean las partes de la negociación las que libremente los fijen. En todo caso, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva, en un sistema que garantiza la libertad sindical, parece conllevar una amplia flexibilidad para la definición del tejido negocial. De ahí deriva un principio de libertad de fijación de ámbitos de la negociación que encuentra su fundamento en la norma básica de

³³² Tomamos esta distinción de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz. *La estructura de la negociación colectiva*. Valladolid: Lex Nova, 2000. p. 75-76.

³³³ Seguimos en estas líneas a RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz. *La estructura de la negociación colectiva*, *ob.cit.*, p. 53-56.

libre actividad de los sindicatos y asociaciones empresariales, recogida en los artículos 7 y 28.1 CE, como parte de la libertad de los sujetos colectivos para establecer sus propias estrategias y programas de acción y, como lógico corolario, de la libertad de aquéllos de seleccionar como más convenientes para los respectivos intereses unos u otros ámbitos de negociación³³⁴.

Así, el artículo 83.2 ET, ha previsto que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma puedan establecer, mediante acuerdos interprofesionales cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, advirtiendo también que dichas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria³³⁵.

Sin embargo, la estructura de la negociación colectiva en el empleo público se determina por la ley que regula su estatuto. Es la ley la que determina el ámbito de la negociación a través del establecimiento de unidades de negociación que responde a una realidad previa y objetiva que en última instancia deriva de la propia organización territorial del Estado y de su particular sistema de distribución de competencias.

Desde una perspectiva general, las unidades que denominamos mesas de negociación aparecen configuradas con diferentes ámbitos y reglas de constitución en base a un sistema construido principalmente en torno al principio de competencia, que acaba introduciendo en su lógica interna unas ciertas notas de centralidad y verticalidad.

Así, en la parte superior de dicho esquema aparece una mesa general de negociación de todas las Administraciones públicas, que según el artículo 36.2 EBEP 2015 ostenta capacidad suficiente para negociar las materias que resulten susceptibles de regulación estatal con el carácter de norma básica, incluyendo el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones públicas. Según el mismo precepto, la constitución de esta particular instancia de negociación resulta compatible con la formulación de acuerdos a los que

³³⁴ MERCADER UGUINA, Jesús R. *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Madrid: Civitas, 1994, p. 90-91.

³³⁵ En todo caso el expreso reconocimiento legal de la libertad de elección de la unidad de contratación, se matiza con la llamada regla de preferencia de paso contenida en el artículo 84.1 ET que asegura la primacía del convenio colectivo negociado primeramente, salvo pacto en contrario, y con la prioridad atribuida al convenio colectivo de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior.

puedan llegar las comunidades autónomas en su correspondiente ámbito en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública, capacidad que lógicamente comporta su negociación en un ámbito apropiado que deberán constituir dichas comunidades autónomas en función siempre de sus competencias para regular su función pública pero también de la que ostentan para regular el personal al servicio de las Administraciones públicas de su territorio, lo que sin duda incluye el personal al servicio de las Administraciones locales y de las universidades públicas, respetando siempre su autonomía³³⁶. Con independencia de lo dicho hasta el momento, lo que no puede hacerse es confundir la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo del personal de la Administración de una comunidad autónoma, con la negociación de las condiciones de trabajo de otro personal dependiente de una distinta Administración pública, aunque pueda verse afectado por las competencias normativas de dicha comunidad autónoma³³⁷.

Por lo demás, conviene advertir de que el EBEP contiene un mecanismo específico de constitución de verdaderas “unidades virtuales” de negociación a nivel local. El artículo 34.2 EBEP 2015 reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito superior, para constituirse en ámbitos específicos de negociación

³³⁶ A tener en cuenta los artículos 48 y 49 de lo que fue el Proyecto de Ley de la Función Pública de Aragón, publicado en el BOCA de 22 de mayo de 2014, nº 234, donde se prevé la constitución de una Mesa Común de Negociación de las Administraciones Públicas de Aragón, coordinada por la Administración de la Comunidad Autónoma y que contará con representantes de la Universidad de Zaragoza y de las entidades locales, para la negociación de las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral del conjunto de dichas Administraciones públicas que resulten ser competencia de la Comunidad Autónoma, y la constitución también de una Mesa de Negociación de la Administración Local de Aragón, coordinada por la Comunidad Autónoma, que contará con representantes de las entidades locales para la negociación de aquellas materias susceptibles de regulación autonómica, de conformidad con la competencia autonómica en materia de régimen local.

³³⁷ La STSJ de Aragón de 5 de abril de 2011, JUR/2011/241398, advierte de que no puede confundirse el ámbito de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos de una comunidad autónoma con su capacidad normativa que puede referirse a otros colectivos de empleados públicos que no dependen de la correspondiente comunidad por lo que deberán distinguirse las unidades de negociación propia de la respectivas comunidad con las unidades de negociación que pudieran constituirse para las negociación de sus competencias en materia de empleo público, ámbito que arrastraría una distinta composición. En todo caso, conviene distinguir la capacidad de la Comunidad Autónoma para constituir una instancia de concertación de lo que puedan ser sus iniciativas normativas, de su capacidad para actuar como “empresario” de un personal que no es el propio, como se puede ver en la STS de 17 de abril de 2013, JUR/2013/168335, donde se conoce el supuesto concreto de constitución de la Mesa de Negociación del Servicio de Prevención, Extinción de Incendios y Salvamento en el seno de la Comunidad Autónoma del País Valenciano, mesa que se constituye para el abordaje de una ley de “bomberos” que se ha de proyectar sobre tres servicios municipales y tres servicios consorciales adscritos a las correspondientes diputaciones provinciales, integrados por personal funcionario local; una extraña mesa de negociación que se articula sin intervención de las Administraciones locales y consorciales a los que resultan adscritos el personal correspondiente; el razonamiento contenido en dicha sentencia concluye afirmando que no cabe la constitución de una mesa sectorial de la comunidad autónoma para la negociación de las condiciones de trabajo de funcionarios ajenos a la Administración de esa la Comunidad, como son los funcionarios de los entes locales, advirtiendo que la competencia para la elaboración de la ley no debe ser confundida con la negociación de las condiciones de trabajo a los que tal ley pueda afectar, competencia que siempre corresponde a la Administración de la que dependen esos funcionarios.

de las condiciones de trabajo, no de su propio personal, sino de los empleados públicos de su ámbito territorial de referencia, para la producción de acuerdos también virtuales, cuya eficacia jurídica y aplicación proviene de un mecanismo de adhesión de los correspondientes municipios, con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva: “que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente”, una experiencia inédita en el sistema de relaciones laborales que combina un dudoso sistema de adhesión con una negociación de carácter supraterritorial³³⁸.

Más allá de estas primeras explicaciones, el artículo 34.1 EBEP 2015, prevé que las unidades de negociación que llamamos mesas generales se constituyan: “en el ámbito de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales”.

Dicha unidad de negociación habrá de ser complementada, según el artículo 36.3 EBEP 2015, con la constitución de una mesa general para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública. Dicha mesa se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las comunidades autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla, y en cada una de las entidades locales.

También, el artículo 34.4 EBEP 2015, prevé que dependiendo de las mesas generales de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de su ámbito, y por acuerdo de las mismas, podrán constituirse mesas sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número. No obstante, pese al tenor literal de dicho precepto, la constitución de las mesas sectoriales no depende siempre de la voluntad de las mesas generales. De hecho, conforme a lo dispuesto en las previsiones del EBEP y en la normativa legal específica reguladora de los distintos sectores, algunas mesas sectoriales de negociación resultan de preceptiva constitución y se configuran como ámbitos institucionales de negociación dotados de una identidad propia, tal como sucede en el caso de la mesa sectorial

³³⁸ Con una perspectiva favorable a la introducción de este modelo, MARTÍNEZ GAYOSO, M^a Nieves. “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: La experiencia de la Administración local vasca”. *Lan Harremanak*. N^o 36, 2017-I, p. 154-190.

de correos y telégrafos, la mesa sectorial del personal al servicio de las instituciones sanitarias públicas o la mesa sectorial del personal al servicio de la Administración de justicia³³⁹.

En esta dirección, el artículo 5 del Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de carácter de orden social, introduce una nueva instancia de negociación, hoy por hoy propia y exclusiva de la Administración General del Estado, que conviene no confundir con el prototipo típico de las unidades sectoriales de negociación. Son los llamados ámbitos específicos para la negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario o estatutario dotado de normas singulares o con una legislación específica propia, como pueden ser el personal docente no universitario, el personal de la Administración de justicia y el personal estatutario de los servicios de salud, mesas que se constituyen siempre en base al ámbito competencial del Ministerio de referencia, con lo que en principio dichos ámbitos específicos de negociación no resultan de preceptiva constitución por parte de las comunidades autónomas. Una confusión que sin embargo parece alentarse cuando se introduce una nueva disposición adicional duodécima en el texto del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, referida a Mesas de Negociación en ámbitos específicos³⁴⁰.

³³⁹ La referencia y cita de sus normas específicas de articulación en MARÍN ALONSO, Inmaculada. “La estructura de la negociación colectiva en la Administración pública andaluza”. *Temas Laborales*. Nº 100, 2009, p. 719.

³⁴⁰ No estará de más recordar los conflictos originados por la solicitud de creación de mesas sectoriales de negociación para el personal funcionario al servicio de la Administración de justicia transferido a las comunidades autónomas, de la que resulta ser una muestra representativa la STS de 27 de septiembre de 2004, JUR/2004/273445. A nuestro parecer, la introducción a través de normas con rango de ley de una estructura de negociación colectiva en las Administraciones públicas de una comunidad autónoma resulta ser una competencia propia de dicha comunidad ya que su finalidad última es la de adaptarse a las características organizativas de dicha comunidad, tal como se dice en BENGOTXEA ALKORTA, Aitor. “La estructura de la negociación colectiva funcional en las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma Vasca”. En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (Coordinador). *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas vascas*. Madrid: Dykinson, 2003, p. 81-82. Más allá de esta cuestión, merece la pena subrayar que la definición legal de unos ámbitos específicos de negociación va a suponer una seria limitación de las mesas más amplias y generales, reforzando la tesis mantenida por un sector de nuestra doctrina judicial en el cual se había manifestado que la constitución de instancias de negociación sobre materias generales ha de hacerse respetando las competencias de las mesas sectoriales de negociación ya existentes en el momento de la aprobación del EBEP, advirtiendo que el hecho de atraer hacia una mesa de negociación superior las materias objeto de negociación, mesa donde los requisitos de legitimación negociadora son diferentes y excluyentes, de manera que se afecte a un sector inferior sustrayendo la negociación prevista, vulnera el derecho de los legitimados efectiva y legalmente en la negociación sectorial, como se dice en la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, JUR/2013/29711. Dicha doctrina ha sido aceptada en la STS de 3 de noviembre de 2011, RJ/2012/1839, que declara subsistentes las mesas sectoriales constituidas con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, asumiendo que dicha decisión puede privar a la mesa general de negociación de la posibilidad de decidir sobre la estructura negociadora que se quiera establecer en el ámbito de una determinada Administración pública. En este marco, la STSJ de Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 9 de septiembre de 2011, JUR/2012/80534, acepta la constitución de una mesa general de negociación que define su ámbito por referencia a las materias que afecten a los funcionarios de más de un sector de la Administración autonómica y no sean aplicables al conjunto de

Volviendo a una perspectiva más general, el artículo 38.9 EBEP 2015, señala que los pactos y acuerdos en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que habrán de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito en base a los criterios de primacía y complementariedad entre las distintas unidades negociadoras.

Con todo, lo cierto es que el modelo garantiza hoy por hoy la autonomía e independencia de la estructura de la negociación en cada ente territorial y permite un elevado grado de configuración de la misma en cada nivel que se puede considerar autónomo propio de nuestro sistema institucional.

En cualquier caso, la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, según el artículo 38.1 EBEP 2015, se articula: “En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes”, lo que directamente impide considerar otros ámbitos alternativos de negociación para tratar las materias que se han de residenciar en estas particulares unidades de negociación³⁴¹. Así pues, dichas mesas de negociación resultan ser los “ámbitos correspondientes” a los que se refiere el artículo 37.1 EBEP 2015, de lo que se deduce que la expresión “mesas de negociación” alude, por una parte, en sentido objetivo, a la unidad de negociación con capacidad para determinar un ámbito negocial, y por otra, en sentido subjetivo, refiere al órgano de negociación que integra a las partes para desarrollar su actividad negocial³⁴².

El principio de competencia permite la conexión entre los distintos niveles de negociación existentes en nuestras Administraciones públicas. Será el criterio de competencia el que ordenará las relaciones entre las distintas unidades de negociación existentes en el sector público. Tal como nos dice el artículo 37.1 EBEP 2015, las materias serán objeto de negociación

empleados públicos de la Administración autonómica, una definición que da idea de la estrechez del ámbito de la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, comprimida entre una mesa general de negociación de las materias comunes al personal funcionario y laboral y unos ámbitos específicos de negociación de carácter claramente sectorial, impuestos por una norma de carácter legal.

³⁴¹ La STS de 6 de marzo de 2009, RJ/2009/2133, reconoce a CSIF representatividad para estar presente y actuar en una mesa específica sobre política de empleo y servicios constituida en la Consejería de Presidencia y Trabajo de la Xunta de Galicia, sin reparar en el particular desplazamientos de ámbitos de la negociación que dicho reconocimiento puede suponer.

³⁴² La distinción se precisa tempranamente en DEL REY GUANTER, Salvador. Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Madrid: MAP, 1988, p. 180-181. Nos hemos ocupado de la perspectiva subjetiva de estos órganos de negociación en MAURI MAJÓS, Joan. Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal. Barcelona: Diputación de Barcelona, 2012, p. 19-39.

en relación con las competencias propias de cada una de nuestras Administraciones públicas³⁴³. En base a este presupuesto, los acuerdos obtenidos en una mesa de negociación tienen carácter interno y no vinculan a Administraciones distintas a aquellas en cuyo seno se obtuvieron³⁴⁴.

Más aún, el principio de identidad o equivalencia que se establece en algunos preceptos de las leyes de régimen local entre determinadas condiciones de trabajo de los funcionarios locales con los funcionarios de una determinada comunidad autónoma, por ejemplo en materia de permisos o licencias, o con los funcionarios del Estado, por ejemplo, en materia de retribuciones, no permite que una mejora obtenida a través de la negociación colectiva y plasmada en un determinado acuerdo de condiciones de trabajo en el nivel de la comunidad autónoma o del Estado, se traslade sin más, a los funcionarios de las corporaciones locales del correspondiente ámbito territorial. Es decir, la extensión de las condiciones de trabajo pactadas en un acuerdo colectivo no se autoriza en base a la existencia de cláusulas legales de equivalencia o identidad que remiten a la legislación de función pública de la comunidad autónoma o al régimen jurídico de los funcionarios de la Administración del Estado³⁴⁵.

A partir de ahí podríamos remitir el ámbito material de la negociación de cada nivel de la estructura negocial a la competencia propia de cada una de las Administraciones públicas, con lo que se acabaría asimilando el criterio de competencia con el de ámbito, pero dicho proceso de identificación ignoraría las distintas opciones de reparto entre las diferentes “áreas de

³⁴³ La competencia ordena y matiza los diferentes contenidos propios de las unidades de negociación, tal como se afirma en la temprana SAN de 26 de abril de 2006, JUR/2006/159010, donde se venía a cuestionar la capacidad de la Mesa General de la Administración del Estado para debatir medidas relativas a los empleados públicos del conjunto de las Administraciones públicas.

³⁴⁴ Tal como se dice en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 1999, El Derecho 1999/34771.

³⁴⁵ La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 14 de octubre de 2002, ROJ: STSJ AND 13983/2002, conoce de un supuesto en el que la norma que se pretende aplicar es fruto de la negociación entablada entre las organizaciones sindicales y el Gobierno andaluz, y en la que no se contiene ninguna norma de extensión a los funcionarios locales, advirtiéndose al respecto que: “Cierto que esa aplicación la establece el artículo 142 del TRBRL, pero para que la misma pueda aplicarse se hace necesario que así lo acuerde la Corporación respectiva que puede negociarlo con los representantes de sus funcionarios, pero que no tiene por qué aplicar automáticamente lo resuelto en una mesa de negociación en la que no participó”. Más concretamente, la STSJ de Asturias, de 30 de octubre de 1997, El Derecho 1997/12144, aclara que la equivalencia que parece deducirse del artículo 142 TRRL en materia de permisos, licencias y vacaciones, entre los funcionarios de la Administración local y los funcionarios de la comunidad autónoma no es tal, ya que dicho precepto la remite a la legislación sobre función pública de la comunidad autónoma respectiva, concluyendo en un tono más general que: “la normativa a la que remiten las disposiciones inicialmente mencionadas hace referencia a las leyes dictadas por el Estado y las Comunidades Autónomas, así como a los reglamentos ejecutivos dictados en desarrollo y cumplimiento de aquellas, pero sin que se extiendan a aquellas materias que sean susceptibles de negociación las cuales deben ser objeto de discusión y aprobación por las mesas de Negociación a las que corresponde dentro de su ámbito de actuación, sin que puedan proyectarse ni aplicarse directamente, sin ser objeto de examen y aprobación, cuestiones concertadas por otros órganos de negociación distintos aunque su ámbito de actuación se corresponde con la de los funcionarios del estado o Comunidad Autónoma, como aquí se pretende interesando que lo convenido por las Mesas de negociación o los representantes sindicales de los funcionarios de Comunidad Autónoma del Principado de Asturias sea de aplicación directa a los funcionarios del Ayuntamiento de Gijón”.

negociación” realizadas en el seno de cada Administración por el legislador del sistema de función pública o por los propios negociadores de las condiciones de trabajo³⁴⁶.

De hecho, el concepto de estructura de la negociación solo adquiere valor en el seno de cada Administración pública. Por imperativo legal, en el interior de cada una de las unidades de negociación que conforman nuestras Administraciones territoriales, habrá que operar una triple distinción entre mesas generales de negociación de las materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, mesas de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario y comisiones negociadoras del convenio colectivo propio del personal laboral. Se trata de un sistema de articulación de espacios negociales propio de las Administraciones y de carácter absolutamente necesario que escapa a la capacidad de configuración que pudieran introducir los propios interlocutores sociales tanto para el personal funcionario como para el personal laboral³⁴⁷. La ley es taxativa en este aspecto al utilizar la expresión “se constituirá” para referirse a la mesa de negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de cada Administración. Por tanto, lo cierto es que en el seno de una determinada Administración se deberán constituir tres espacios diferenciados de negociación, en base a un régimen jurídico que se fundamenta en aspectos funcionales, y que no mantienen entre sí ningún tipo de relación jerárquica, ya que la unidad de negociación se constituye en base a un criterio objetivo como puede ser el concepto “materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de cada Administración Pública”, lo que a su vez presupone la existencia de una serie de materias y condiciones de trabajo no comunes, es decir, propias y específicas del personal funcionario y del personal laboral. En todo caso, resulta evidente que la negociación de condiciones de trabajo propias y específicas del personal funcionario o del personal laboral en la mesa sobre materias comunes presupone una seria alteración del ámbito adecuado de negociación y vicia a su resultado como un todo.

Por otro lado, el artículo 38.9 EBEP 2015, utiliza explícitamente la noción de “estructura de la negociación” y fija las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito en base a los “criterios de primacía y complementariedad entre las distintas unidades negociadoras”, pero lo hace “en relación con las competencias de cada

³⁴⁶ El matiz que resulta de un indudable interés se apunta en ROQUETA BUJ, Remedios. El derecho de negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 301.

³⁴⁷ Se ha dicho que en el sistema del empleo público concurren elementos de fuerte condicionamiento en la negociación colectiva del personal laboral que desembocan en una estructura de la negociación colectiva rígida. En esta dirección MARÍN ALONSO, Inmaculada. La estructura de la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 707.

Administración pública”, es decir, en el seno de cada Administración pública y por referencia a sus competencias propias. Por lo tanto, es evidente que en relación con las competencias de cada Administración cabe establecer una serie de niveles de negociación que se ordenarán en base a criterios como el de primacía o el de complementariedad que contienen un indudable matiz jerárquico, lo que subraya su exclusiva aplicación a relaciones subordinadas como las que se dan entre las mesas generales y las sectoriales que no dejan de ser una creación de las primeras. Sencillamente, el artículo 38.9 EBEP 2015 no es una norma ordenadora de la estructura de la negociación en el sector público, sino un precepto referido a la creación y conexiones que puedan establecerse entre el nivel general y los niveles sectoriales de negociación en el seno de una particular Administración.

Más allá de esta cuestión, resulta estar el señalamiento explícito de un ámbito de negociación de un pacto o acuerdo colectivo, determinación que se convierte en el artículo 38.4 EBEP 2015, en un contenido mínimo y obligatorio del acuerdo colectivo. Dicho precepto previene que los pactos y acuerdos determinaran “el ámbito personal, funcional, territorial y temporal”, un ámbito que ha de resultar coherente con los intereses específicos en presencia y con las materias a tratar. Aquí dos son las posibles cuestiones a considerar: la primera, la diferenciación de un determinado colectivo de funcionarios en función del tipo de relación, lo que plantea el problema del tratamiento específico de las condiciones de trabajo de los funcionarios interinos o del personal eventual; la segunda, no menor, la problemática que puede ocasionar la posible sectorialización de un acuerdo general para introducir condiciones grupales atinentes a colectivos de funcionarios al margen de la constitución de una mesa sectorial de negociación.

Para terminar esta exposición de carácter introductorio debemos referirnos a llamada negociación supralocal. En el primer párrafo del artículo 34.2 EBEP 2015 se reconoce la legitimación negocial de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito supramunicipal. En el segundo párrafo del mismo precepto se permite a una Administración o a una entidad pública adherirse a los acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada comunidad autónoma o a los acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal.

A nuestros efectos, en lo que ahora nos interesa, el precepto citado habilita las condiciones necesarias para la articulación de una pluralidad de ámbitos de negociación que podemos resumir de la forma siguiente: 1) el integrado por representantes de las federaciones y asociaciones de municipios y por las organizaciones sindicales que resulten ser representativas; y 2) el integrado por representantes de las entidades locales de ámbito supramunicipal entre las

que se pueden citar las provincias, las islas, las comarcas, las áreas metropolitanas y las mancomunidades que puedan constituirse con esta finalidad.

Paralelamente, hay que tener en cuenta que dichos ámbitos no presuponen la obtención de acuerdos que resulten de directa e inmediata aplicación. Para su validez y eficacia en una Administración o en una entidad pública será necesario un acto de adhesión sin que se aporte una mayor precisión sobre los sujetos adherentes.

Si resumimos lo dicho hasta el momento nos encontraremos con el siguiente orden de asuntos que deberemos considerar:

a) Los problemas jurídicos y las soluciones jurisprudenciales que plantea la relación que pueda establecerse entre el ámbito común y los ámbitos propios de negociación del personal funcionario y laboral en la determinación del ámbito apropiado de negociación.

b) Los problemas jurídicos y las soluciones jurisprudenciales que plantea la relación entre ámbitos generales y ámbitos sectoriales de negociación en la determinación del ámbito apropiado de negociación.

c) Los problemas jurídicos y las soluciones jurisprudenciales que parecen plantear la relación entre los ámbitos supralocales de negociación y los ámbitos locales de negociación.

d) Los problemas jurídicos y las soluciones jurisprudenciales centrados en la legalidad de las posibles segmentaciones personales o diferenciaciones funcionales establecidas en la determinación del ámbito de aplicación de un acuerdo colectivo.

6.2. Mesas sobre materias comunes y mesas sobre condiciones de los funcionarios

El artículo 36.3 EBEP 2015 dispone que para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una mesa general de negociación.

El mismo párrafo advierte que resulta de aplicación a estas mesas generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las organizaciones sindicales en la mesa general de negociación de las Administraciones públicas, tomando en consideración en

cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación.

Además, se señala, también estarán presentes en estas mesas generales, las organizaciones sindicales que formen parte de la mesa general de negociación de las Administraciones públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o a personal laboral en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate.

De esta manera el legislador opta por dar carta de naturaleza en nuestro derecho a una modalidad de negociación conjunta de las condiciones de trabajo de todo el personal de una Administración pública que se plasma en un particular tipo de pactos o acuerdos que de conformidad con el artículo 38.8 EBEP 2015 tendrán la consideración y efectos previstos para los funcionarios y la que se señala en el artículo 83 ET para el personal laboral³⁴⁸.

Una modalidad que había sido rechazada por la doctrina de nuestros tribunales en base a una serie de factores que se enumeraban con precisión de la manera siguiente: 1) la estructura representativa propia de las diversas instancias de negociación utilizadas para la negociación mixta que divergía de la señalada legalmente para la composición de las mesas de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios; 2) el grado de autonomía de la negociación colectiva que se consideraba diversa para el personal funcionario y el personal laboral; 3) la situación de supremacía de la parte pública reflejada en la subordinación de la validez y eficacia de los acuerdos negociados que requerían la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno correspondiente y en el fracaso de la negociación que permitía a la Administración recuperar su capacidad para determinar de forma unilateral las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y, finalmente; y 4) la notoria diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativas a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tratándose de funcionarios, en tanto serían competencia del orden social cuando concernieran al personal laboral³⁴⁹.

De igual forma, la doctrina citada advertía de que la creación de instancias de negociación conjuntas y su posición de supremacía podía llegar a menoscabar la acción negociadora de los que no tenían acceso a ella, aunque pudieran intervenir en otras instancias de negociación como

³⁴⁸ Una aproximación al concepto de negociación colectiva unitaria de los empleados públicos y a las diversas tipologías de negociación conjunta en las Administraciones públicas, se obtiene en el trabajo de MARÍN ALONSO, Inmaculada. La negociación colectiva conjunta del personal, *ob.cit.*, p. 245-257.

³⁴⁹ Una muestra representativa de la doctrina expuesta se puede encontrar en la STS de 22 de octubre de 1993, ROJ: STS 7075/1993.

podían ser las mesas generales o sectoriales, ya que en relación con las cuestiones abordadas y negociadas en esa mesa general conjunta quedaba ya sensiblemente mermada, si es que no enteramente excluida, la posibilidad de que en los demás ámbitos de negociación se incidiera de manera efectiva sobre tales cuestiones³⁵⁰.

Pues bien, el legislador ha optado por un modelo de negociación conjunta de perfiles inciertos y de resultados imprevisibles que arrastra y no soluciona los problemas advertidos en su día por la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la compatibilidad de las unidades de negociación conjunta con el ordenamiento jurídico de la función pública y con el ordenamiento laboral³⁵¹.

La denominada mesa de negociación sobre condiciones de trabajo comunes resulta ser una unidad de negociación de constitución obligatoria y superpuesta a la mesa de negociación de las condiciones de trabajo del personal y a la comisión negociadora del personal laboral. En ese sentido el redactado del artículo 36.2 EBEP 2015 adopta un tono claramente imperativo al advertir de que este ámbito de negociación “se constituirá” en cada Administración pública. Es más, la articulación de dicho ámbito de negociación no comporta la “amortización” de otras instancias de negociación, que a su vez resultan de preceptiva organización tal como presupone el artículo 34.1 EBEP 2015 y el artículo 89.2 ET³⁵². Sencillamente, el legislador no deja a la decisión de las partes el establecimiento de las unidades negociales en el empleo público e impone la necesaria constitución de una mesa de negociación para las materias comunes a todo el personal, una mesa de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario y una comisión negociadora del personal laboral.

Es más, dichas instancias de negociación están dotadas de un espacio diferente de actuación que en el caso concreto de la negociación conjunta se articula alrededor del concepto “materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública”. Dicha expresión presupone dos notas: las materias y condiciones de trabajo han de ser comunes y han de extenderse a los tipos de personal previstos en la norma jurídica, es decir, a todo el personal de una Administración pública, sin que pueda considerarse privativo o específico de un determinado régimen jurídico y extensible a otro.

³⁵⁰ Como premonitoriamente se advertía en la STS de 13 de noviembre de 2006, ROJ: STS 7365/2006.

³⁵¹ De ciertamente “complicada” se tacha la situación derivada de la necesidad de articular estas tres instancias de negociación en una entidad local, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de mayo de 2016, ROJ: STSJ CLM 1739/2016.

³⁵² En este sentido, ALFONSO MELLADO, Carlos L. *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*. Albacete: Bomarzo, 2008, p. 25, presupone que la negociación conjunta puede amortizar muchos ámbitos de negociación por resultar altamente funcional, una funcionalidad que como veremos después va a depender de otras circunstancias.

De hecho, lo que sean materias comunes resulta ser un ámbito discutido en la que se defiende dos perspectivas diversas. Una, amplia, defiende la tesis de que la negociación conjunta se puede extender sin dificultad a prácticamente la totalidad de las cuestiones relativas a las condiciones de trabajo, advirtiendo de que nada impide para los temas en que sea difícil llegar a una solución absolutamente unitaria, que el resultado de esa negociación contenga peculiaridades para determinados colectivos o incluso aspectos de regulación específica para funcionarios o laborales³⁵³. De esta manera, a través de los ámbitos comunes de negociación: “se puede negociar casi todo”³⁵⁴. La otra, más estricta, considera que las materias comunes son aquellas que reciben un tratamiento unitario en el EBEP y en otras normas administrativas. Por consiguiente, en estas mesas de negociación se pueden llegar a negociar un listado concreto de materias integradas por las siguientes: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, los sistemas de clasificación de puestos de trabajo, las ofertas de empleo público, el acceso y evaluación del desempeño, el incremento de las retribuciones del personal de la correspondiente Administración pública, la formación continua, la acción sindical en los centros de trabajo, la prevención de riesgos laborales, los planes de previsión social complementaria, y los planes de igualdad y otras medidas de promoción de la igualdad³⁵⁵.

Lógicamente, esta segunda posición más centrada y equilibrada, construida en base a parámetros legales y jurisprudenciales parece, en principio, más apropiada a los planteamientos que inevitablemente hay que deducir de la irreductible existencia de dos ordenamientos jurídicos con indudables puntos de conexión pero contruidos en base a distintas lógicas que no han de propiciar el confusionismo en la atribución de derechos que se considera propio del intercambio de regímenes jurídicos³⁵⁶.

Con todo, es evidente que la noción de lo común en base a un sistema de listas que toma como referencia las materias que han de ser objeto de negociación en las mesas que han de tratar de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos es opinable y está sometida a

³⁵³ Estas afirmaciones en ALFONSO MELLADO, Carlos L. Los derechos colectivos de los empleados, *ob.cit.*, p. 23.

³⁵⁴ Tal como se dice en FABREGAT MONFORT, Gemma. *Introducción al derecho laboral en el empleo público*. Albacete: Bomarzo, 2014, p. 110.

³⁵⁵ Resulta representativo de esta tendencia el trabajo de ROQUETA BUJ, Remedios. *Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Locales*. Granada: CEMCI, 2013, p. 25.

³⁵⁶ Tal como se advierte en la STS de 28 de junio de 2010, RJ/2010/5917.

interpretación. Es por ello que la determinación de las materias que en cada momento puedan considerarse como comunes acaba resultando relativamente abierta y sujeta a revisión³⁵⁷.

Pero, posiblemente, el mayor inconveniente que representa la fijación objetiva de lo que puedan ser las materias comunes consista en que los intentos hechos para establecer el espacio de la negociación mixta toman como referencia la lista de las materias que han de ser objeto de negociación para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, olvidando que el ordenamiento jurídico laboral posee su propia lógica de precisión del objeto de la negociación.

En efecto, algún pronunciamiento de la jurisdicción social advierte que en la modificación de una relación de puestos de trabajo propia de personal sujeto a una relación laboral puede resultar necesaria o no la negociación en función de lo que disponga el propio convenio colectivo que es la norma que establece el criterio o las previsiones en materia de provisión o clasificación de puestos de trabajo, por lo que “no pueden trasladarse sin más las exigencias establecidas en el EBEP para la negociación colectiva de los funcionarios a los laborales”³⁵⁸. En la misma dirección, se ha subrayado que la determinación de las retribuciones del personal laboral al servicio del sector público contempla una regla general, según la cual no podrá experimentar ningún incremento, aunque dicha regla general prevé varias excepciones referidas a los siguientes supuestos: la consecución de los objetivos asignados a cada departamento ministerial, organismo público, resto de entes públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y organismos que integran el sector público estatal, mediante el incremento de la productividad o modificación de los sistemas de organización del trabajo o clasificación profesional. Por consiguiente, a tenor de este precepto cabe ampliar la masa salarial, siempre

³⁵⁷ De hecho, la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 2 de febrero de 2010, RJCA/2010/390, entiende que entre las materias que pueden ser calificadas como “comunes” pueden señalarse las siguientes: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño, el incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración, la formación continua, la salud laboral y los planes de previsión social complementaria. En cambio, la STSJ de Asturias de 19 de octubre de 2010, JUR/2011/4268, advertirá de que la carrera administrativa no es una materia susceptible de tratamiento en la mesa conjunta de materias comunes.

³⁵⁸ STS de 6 de mayo de 2013, JUR/2013/204197. En línea de conexión, la STS de 9 de octubre de 2013, ROJ: STS 4986/2013, cuestiona que la modificación de una relación de puestos de trabajo que solo afecta a puestos de funcionarios tenga que ser negociada en la mesa general de materias comunes, advirtiendo que dicha negociación debía producirse en la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario, señalando al respecto que: “cada una de esas Mesas tiene un distinto ámbito de actuación y unas diferentes reglas de constitución; y a ello ha de añadirse que, en el caso enjuiciado, tratándose de una modificación de la RPT que solo afecta a puestos de funcionarios, tiene que concluirse que la negociación correspondía a la Mesa General de funcionarios del artículo 34 de la Ley 7/2007”.

que tenga por finalidad la consecución de determinados objetivos, mediante el incremento de la productividad, la modificación de los sistemas de organización del trabajo y la clasificación profesional³⁵⁹. Nótese que este precepto corre parejo en nuestra legislación presupuestaria de otro, referido en este caso a los funcionarios, que permite las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo³⁶⁰. Pues bien, si se comparan ambos textos en orden a la determinación de las retribuciones de los empleados de una determinada Administración pública, el margen de maniobra con el que puede operarse para la fijación de las retribuciones del personal funcionario y del personal laboral no es exactamente el mismo. Así, los límites retributivos establecidos en la correspondiente ley presupuestaria pueden superarse en el caso de los funcionarios, con carácter singular y excepcional, en base a las variaciones derivadas de la adecuación del contenido de los puestos de trabajo y en función de la obtención de los objetivos de productividad. En cambio, para el personal laboral, el incremento de la masa salarial puede derivarse de un triple orden de razones: el incremento de la productividad, la modificación de los sistemas de organización del trabajo o la clasificación profesional. Por tanto, la conclusión parece obvia: el margen de maniobra existente para la determinación y aplicación de las retribuciones del personal funcionario y del personal laboral no es idéntico. Dicha adecuación ha de fundamentarse en la valoración del contenido de los puestos y en la productividad en el caso de los funcionarios, mientras que en el supuesto del personal laboral la fijación retributiva puede hacerse en función de la modificación de los sistemas de organización de trabajo, lo que sin duda puede comprender un sistema de ordenación de funciones en base a puestos de trabajo como parámetro conformador, o la misma estructuración de la clasificación profesional. Este último aspecto es el que ahora nos interesa en cuanto resulta propio y distintivo de las operaciones de adecuación retributiva que puedan

³⁵⁹ SAN de 30 de septiembre de 2013, ROJ: SAN 3855/2013.

³⁶⁰ Las excepciones a los límites establecidos para la consolidación de la masa salarial se contemplan en el momento de elaborarse estas líneas para el personal funcionario en el artículo 18.7 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos generales del Estado para el año 2017, con el redactado siguiente: “Lo dispuesto en los apartados anteriores debe entenderse sin perjuicio de las adecuaciones retributivas que, con carácter singular y excepcional, resulten imprescindibles por el contenido de los puestos de trabajo, por la variación del número de efectivos asignados a cada programa o por el grado de consecución de los objetivos fijados al mismo”. Las relativas al personal laboral, hay que localizarlas en el artículo 23.2 del mismo texto legal: “La masa salarial del personal laboral del sector público estatal no podrá experimentar un crecimiento superior al establecido en el artículo 18.dos de esta Ley, sin perjuicio de lo que pudiera derivarse de la consecución de los objetivos asignados a cada Departamento ministerial, Organismo público, resto de entes públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones del sector público estatal y consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público estatal, mediante el incremento de la productividad o modificación de los sistemas de organización del trabajo o clasificación profesional”.

proyectarse sobre el personal laboral. Sencillamente, las consecuencias retributivas que pueda aparecer una posible modificación de la clasificación profesional, que no está sujeta a los requisitos de singularidad y excepcionalidad que se predicen de las operaciones que tengan como destinatarios últimos a los funcionarios, y que, por tanto, pueden ser de carácter grupal y colectivo, no desbordan las limitaciones presupuestarias, tal como se puede ver en el pronunciamiento jurisprudencial citado, en el que se entiende que la modificación del sistema de clasificación profesional, pactado en la disposición transitoria cuarta del XVII convenio de Tragsa, consistente en la integración progresiva durante un período de cinco años del personal del grupo IV, nivel 4, en el grupo IV, nivel 3, que supone un incremento del 6,5% anual, no desborda los límites de las correspondientes leyes de presupuestos, al concurrir una de las excepciones previstas para los topes de incremento de la masa salarial.

Con lo dicho hasta el momento puede advertirse que dos ámbitos materiales, como pueden ser la clasificación de puestos de trabajo o la determinación y aplicación de las retribuciones, que tradicionalmente se han considerado comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones públicas, pueden regirse por un sistema normativo que no resulta absolutamente coincidente para el personal funcionario y para el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas, lo que sin duda obliga a la reconsideración y, sobre todo, a la especificación de los planteamientos realizados hasta el momento³⁶¹.

A partir de ahí resulta difícil trazar apriorísticamente un listado de materias negociables en la mesa conjunta partiendo del ámbito de la negociación propia del personal funcionario sin tener en cuenta el campo de regulación específico que corresponde al convenio colectivo laboral en sus particulares relaciones con la ley que regula el estatuto de los empleados públicos.

Por si esto fuera poco, surge la duda de lo que pueda ser común. Lo común es lo compartido entre una serie de regímenes jurídicos. Pues bien, el artículo 36.3 EBEP 2015, se refiere a las condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública. Con lo que cabe una interpretación que limite las materias comunes al ámbito compartido por el régimen jurídico de estos tres tipos específicos de personal público.

³⁶¹ En esta misma dirección hay que prestar una especial atención al voto particular contenido en la STSJ de Madrid de 16 de abril de 2012, ROJ: STSJ M 1391/2012, donde se advierte que: “este proceso colectivo afecta exclusivamente al personal laboral al servicio de la Comunidad de Madrid, y decimos esto por la práctica cada vez más frecuente de regular conjuntamente las condiciones de trabajo tanto de los funcionarios y personal estatutario, como del personal laboral del sector público, lo que, por práctico que pueda resultar, y pese a su plasmación positiva en el artículo 38.8 de la Ley 7/2.007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, conduce en ocasiones a olvidar que el estatuto jurídico de uno y otro colectivo es distinto, de igual modo que también lo es, en buena medida, la normativa que lo disciplina”.

A partir de ahí no se consideraría común el aspecto de una regulación que fuera compartido por el régimen jurídico del personal funcionario y del personal laboral pero que no se correspondiera con una regulación propia del personal estatutario. Que esa interpretación es posible nos lo demuestra la doctrina judicial, cuando nos advierte de que: “El término “materias comunes” al personal citado en el precepto (“personal funcionario, estatutario y laboral”) es indudable que comporta la exigencia de la extensión de dichas materias a todo el personal, al que el precepto se refiere, y no solo a una parte del mismo. De este modo las materias respecto de las que no se da la exigencia legal de que afecte a todo el personal referido en el art. 36.3 EBEP 2015, quedan fuera del ámbito de la negociación atribuido en dichos artículos a la Mesa general de Negociación que en él se establece, y por tanto abierto a la negociación posible en los otros órganos de negociación, correspondientes a otros sectores de personal menos amplio, en cuyos órganos pueden participar sindicatos que, sin embargo, carecen de representatividad suficiente para participar en la Mesa General de Negociación”³⁶².

Resulta obvio que una traslación mecánica de la doctrina mencionada al ámbito de las corporaciones locales acabaría con la posibilidad misma de mantener una unidad de negociación conjunta, por lo que dicho criterio debe ser adaptado y matizado, concluyendo que el ámbito de negociación sobre materias comunes solo puede abocar a la negociación de aquellas condiciones de trabajo transversales a todas las estructuras de personal existentes en una Administración sin necesidad de comprender a todos los tipos citados en el artículo 36.3 EBEP 2015.

Por lo demás, resulta evidente que el pronunciamiento citado y otros que se dirigen en la misma dirección, intentan preservar la capacidad negociadora de aquellas organizaciones sindicales que no detentan la representatividad prevista en el artículo 36.3 EBEP 2015. Lo que se intenta evitar es una atracción sin cobertura legal hacia una mesa situada en otra dimensión, donde los requisitos de legitimación negociadora de los sindicatos son más excluyentes, para la negociación de materias o de aspectos de materias que afectan a una unidad de negociación distinta, sustrayendo la negociación de la unidad prevista legalmente, lo que sin duda vulnera el derecho de los legitimados efectivamente en la negociación del ámbito específico correspondiente al personal laboral o al personal funcionario. Sin duda puede opinarse que las dificultades expuestas resultan fácilmente subsanables en base a la voluntad de las partes, pues, en definitiva, serán las propias partes las que determinen cuáles son las materias comunes que

³⁶² STS de 16 de abril de 2014, ROJ: STS 1653/2014.

van a negociar³⁶³. Sin embargo, dicha voluntad no llega a desplazar la legalidad objetiva y, además, difícilmente puede imponerse de una forma unilateral cuando pueden no coincidir los sujetos con legitimación negocial en representación del personal laboral y del personal funcionario.

Este resulta ser un aspecto esencial de la cuestión. La legitimación para integrar la mesa de negociación conjunta exige una representación acumulada en el ámbito del personal funcionario y laboral que dificulta la participación de los sindicatos que solo poseen una simple representación en uno de estos dos colectivos. El artículo 36.3 EBEP 2015 establece explícitamente que serán aplicables a estas mesas los criterios sobre representación de las organizaciones sindicales en la mesa general de negociación de las Administraciones públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Esto significa que en dichas mesas deben estar presentes las organizaciones sindicales más representativas y las que hayan obtenido al menos el 10% de los representantes en las elecciones de delegados de personal, juntas de personal y comités de empresa, en el conjunto de las Administraciones públicas, siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o a personal laboral en el ámbito correspondiente a la mesa de que se trate. Por lo tanto, en la mesa de negociación conjunta de una determinada corporación local habrán de estar presentes los sindicatos más representativos y aquellas organizaciones sindicales con presencia en la mesa general de negociación de las Administraciones públicas que hayan obtenido un 10 por 100 de representación en el ámbito del personal funcionario o del personal laboral, es decir, en uno de los dos. En cambio, las organizaciones sindicales que no sean más representativas o que no tengan representación en la mesa general de negociación de todas las Administraciones públicas, deberán obtener una representación del 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Es decir, se les exige una representación del 10 por 100 en el ámbito del personal funcionario y una representación del 10 por 100 en el ámbito del personal laboral.

De esta manera se acaba estableciendo un sistema de doble legitimación para negociar: 1) con carácter específico se opta por un tratamiento privilegiado para los sindicatos más representativos y para los que forman parte de la mesa general de negociación de las

³⁶³ El planteamiento en LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel. *La relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Civitas, 2009, p. 282.

Administraciones públicas prevista en el artículo 36.1 EBEP 2015, a los que solo se les exige la acreditación de su presencia o una representación simple del 10 por 100 de los representantes del personal funcionario o del 10 por 100 de los representantes del personal laboral correspondiente al ámbito de una determinada Administración, de manera que la representatividad simple obtenida en un colectivo se comunica automáticamente a otro; 2) con carácter general, se toman en consideración los resultados obtenidos en las elecciones a órganos de representación del personal funcionario y a órganos de representación del personal laboral, de forma que resulta necesario e imprescindible obtener un 10 por 100 de representación en cada uno de los colectivos para ser considerado sindicato suficientemente representativo en un ámbito funcional y territorial específico, ámbito que habrá de ser el que delimite su campo directo y único de actuaciones³⁶⁴.

La artificialidad de la construcción urdida con el único y exclusivo objetivo de favorecer a uno de los grandes sindicatos representativos del personal al servicio de la Administración General del Estado, acaba produciendo frecuentes conflictos sobre la legitimación para negociar en otros niveles territoriales que se trasladan, como no podía ser de otra manera, al ámbito de las materias que han de ser objeto de negociación.

³⁶⁴ Una cuestión no menor resulta ser si ese 10 por 100 de representación ha de obtenerse conjunta o separadamente en cada uno de ellos; es decir, si se considera suficientemente representativo a un sindicato que haya obtenido el 20 por 100 de representación en el personal funcionario y en el personal laboral, o si se exige que se obtenga como mínimo un 10 por 100 de representación en cada uno de los órganos de representación, lo que no permite su suma o agregación. La tesis de la posible agregación se plantea como una hipótesis en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 22 de enero de 2009, JUR/2009/157689; en contra, la SAN de 7 de marzo de 2013, JUR/2013/93411, donde se mantiene que el límite cuantitativo mínimo del 10 por 100 de los representantes según los resultados obtenidos en las elecciones a órganos de representación del personal debe superarse, tanto en el ámbito del personal laboral, como en el ámbito del personal funcionario, para que determinada organización sindical resulte legitimada para formar parte de las mesas de negociación sobre materias comunes. Más concretamente, la SAN de 25 de julio de 2013, JUR/2013/269300, nos dice que: “Se afirma que el acuerdo impugnado no se ha negociado con el sindicato recurrente lo que vulnera, se dice, el derecho de igualdad en concordancia con la libertad sindical del artículo 28 CE en su doble vertiente, individual y colectiva, dado que este Sindicato ostenta el 15,60% de los representantes del personal funcionario, y el 8,20% de los representantes del personal laboral, superando por tanto en conjunto el 10% de representatividad. Sin embargo, como manifiesta el Abogado del Estado a través de su escrito de contestación, así como la codemandada Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), en el caso de la Mesa de Negociación del art. 36.3 EBEP el Sindicato recurrente no cuenta con la representatividad necesaria para legitimar su presencia en dicha Mesa, habida cuenta que si bien el porcentaje alcanzado respecto del personal funcionario supera el 10%, situándose en el 15,60%, no alcanza dicho 10 de representatividad, sino solo el 8,2%, en el ámbito del personal laboral, y es necesario alcanzar el 10% por separado en ambos ámbitos, de conformidad con lo que establece el repetido artículo 36.3 del Estatuto, sin que por ende sea suficiente alcanzar el 10% en el conjunto de ambos ámbitos”. En la misma dirección, la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de mayo de 2011, JUR/2011/206849; y las SSTSJ de Madrid de 1 de noviembre de 2012, JUR/2013/84052, y de Madrid de 12 de junio de 2013, ROJ: STSJ M 11423/2013. La discusión planteada debería terminar a la vista de la STS de 11 de octubre de 2016, ROJ: 4581/2016, donde se opta claramente por la remisión de la representatividad a cada uno de los ámbitos de los empleados públicos privando a la conjunción “y” del artículo 7.2 EBEP de todo sentido agregativo. En la misma dirección, las STS de 28 de marzo de 2017, ROJ: STS 1449/2017; y de 18 de enero de 2018, ROJ: STS 111/2018.

El planteamiento es sencillo y está contundentemente recogido en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo: la consolidación de una mesa general de negociación de materias comunes puede llegar a devenir en la constitución de una mesa general de negociación de todos los empleados públicos, desvirtuando de forma notoria y sustancial lo establecido en el artículo 36.3 EBEP 2015, al producir un claro efecto de distorsión, obstaculización y primacía de dicha mesa que permite instrumentalizar y banalizar la existencia y contenido de los demás órganos de negociación³⁶⁵.

Todo ello provoca una evidente dosis de inseguridad en el sistema de relaciones colectivas y acaba afectando al principio de igualdad de trato que debe considerarse consubstancial a una libertad sindical fundamentada en la pluralidad, libertad que puede acoger el concepto de mayor representatividad pero que difícilmente puede aceptar la proyección de la representatividad obtenida en un ámbito de negociación –la función pública y el nivel estatal- hacia otros definidos por distintos regímenes de personal y niveles territoriales con los que no guarda una razonable conexión³⁶⁶.

Por si eso fuera poco, a los problemas de legitimación y ámbito, la negociación colectiva conjunta suma los derivados de la peculiar naturaleza de sus productos convencionales. El régimen jurídico de los acuerdos sobre materias comunes se establece en el artículo 38 EBEP 2015, que expresamente previene que los pactos y acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 EBEP 2015, contengan materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 ET para el personal laboral.

El artículo 83 ET hace referencia a dos tipos de instrumentos negociales: los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos marco (artículo 83.2 ET) y los acuerdos sobre materias concretas (artículo 83.3 ET). Dichos acuerdos tienen en común su pretensión de estructurar la negociación y regular una materia o materias concretas a través de disposiciones de carácter sustantivo que resultan ser de obligado cumplimiento para sus destinatarios. En consecuencia, la cuestión radica en la identificación de dichos destinatarios. De hecho, son

³⁶⁵ STS de 16 de abril de 2014, ROJ: STS 1653/2014.

³⁶⁶ Muy posiblemente este extraño afecto podía haberse evitado con un poco de generosidad, reconociendo legitimación a todos los sindicatos suficientemente representativos en un ámbito específico del personal funcionario o del personal laboral, sin exigir una representación acumulada en cada uno de dichos colectivos, tal como se dice en RIVERO LAMAS, Juan; DE VAL TENA, Luis Angel. “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 68, 2007, p. 228. En la misma dirección, MARÍN ALONSO, Inmaculada. “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 141, 2009, p. 141.

diversos los sujetos concernidos por lo pactado de acuerdo con el artículo 83.2 ET, que los que lo son por instrumentos colectivos fundamentados en el artículo 83.3 ET. Los acuerdos del artículo 83.2 ET son convenios de convenios, y su cometido consiste en establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de ámbito distinto. Por tanto, dichos acuerdos no están destinados a reglamentar las relaciones laborales de forma directa. Sencillamente, el propósito de los Acuerdos del artículo 83.2 ET es ordenar la negociación colectiva³⁶⁷.

Los acuerdos sobre materias concretas del artículo 83.3 ET son otra cosa. Tienen en común algunos puntos con los acuerdos para negociar del artículo 83.2 ET, como pueden ser los sujetos habilitados para negociarlos y su particular amplitud, pero difieren sustancialmente de ellos en lo que se refiere a su contenido y en lo relativo a su posibilidad de aplicación directa a las relaciones individuales comprendidas en su ámbito de aplicación. Su regulación legal es de una brevedad absoluta. El apartado tercero del artículo 83 ET se limita a afirmar que los sujetos legitimados para negociar acuerdos marcos “podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas”, sin adjetivos ni pautas añadidas, estableciendo que dichos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales del párrafo anterior, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos. En todo caso, dos parecen ser las normas interpretativas de este particular tipo de acuerdos: su posición preeminente sobre los niveles inferiores de negociación y su limitación específica a una materia o a un conjunto de materias sin agotar todas las potenciales propias de un convenio colectivo general³⁶⁸.

En todo caso, lo cierto es que el artículo 38.8 EBEP 2015 remite a los instrumentos previstos en el artículo 83 ET, sin ulteriores precisiones. Una ambigüedad que hay que apresurarse a deshacer en función del contexto en que se inscribe el precepto estatutario y de su finalidad última, entendiendo que el EBEP se remite a los acuerdos concretos del artículo 83.3 ET. Difícilmente puede admitirse que un acuerdo sobre materias comunes pueda ser asimilado a un acuerdo marco dada la especialísima posición y función de dichos acuerdos en el seno de la estructura negocial. El ámbito de intervención y la posición u orden dentro del sistema de negociación los alejan definitivamente de cualquier relación que se quiera establecer al respecto. Mucho más fácil resulta la asimilación entre el acuerdo sobre materias concretas y el

³⁶⁷ Seguimos en estas líneas los planteamientos de SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. La negociación colectiva en la cumbre, *op.cit.*, p. 20-27.

³⁶⁸ Sobre la posición y naturaleza jurídica de estos acuerdos sobre materias concretas, SALIDO BANÚS, José Luís. La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial. Barcelona: Atelier, 2001, p. 145-151.

acuerdo sobre materias comunes, que no dejan de ser materias específicas propias de la negociación que pretenden regular elementos sustantivos de las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación, así como los criterios o bases comunes para aquellas que deban ser desarrolladas en el seno de los respectivos convenios de empresa, pudiendo indicar aquellos aspectos de dichas materias que no podrán ser objeto de negociación en otros ámbitos. Aun así, conviene entender correctamente que el acuerdo sobre materias comunes, sigue siendo un acuerdo sobre materias concretas, que pueden limitar pero no sustituir la función propia de la negociación colectiva de carácter general³⁶⁹.

Más allá de la demostrada especialidad de este tipo de instrumentos colectivos en el ordenamiento jurídico laboral, conviene reparar ahora en la redacción del artículo 38.8 EBEP 2015. Dicho precepto nos dice que los pactos y acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37 EBEP 2015, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, “tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 de Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral”.

A nuestro parecer, la expresión literal de este precepto arroja una primera luz sobre el objeto sujeto a discusión que no nos parece menor: los instrumentos sobre materias comunes son acuerdos acogidos a la legislación de empleo público que para el personal laboral de las Administraciones públicas tienen la consideración y efectos de los acuerdos sobre materias concretas previstos en el artículo 83.3 ET. Pero una cosa es tener la consideración y efectos de los acuerdos sobre materias concretas y otra muy distinta es que el instrumento negociado en base a esta específica previsión legislativa sea un acuerdo sobre materias concretas.

En todo caso, tal como nos dice la frase final del artículo 83.3 ET, los acuerdos sobre materias concretas tienen en la legislación laboral el mismo tratamiento que se reserva para los convenios colectivos, lo que significa que dichos acuerdos poseen eficacia normativa propia creando derecho objetivo para los trabajadores y los empresarios sin necesidad de su recepción en un convenio colectivo de eficacia general y de ámbito empresarial. De este modo, las condiciones de trabajo establecidas en los acuerdos comunes de empleo público se aplicarán directamente a

³⁶⁹ Precisamente, la especial posición y función del acuerdo sobre materias concretas parece situarlo en un nivel intermedio entre la norma pública y el convenio colectivo en la escala de fuentes, ostentando la capacidad necesaria para subordinar la negociación colectiva de segundo nivel en una materia concreta o en una serie de materias concretas. En todo caso, tal como previene el artículo 83.3 ET, el tratamiento de este tipo de acuerdos es el de un convenio colectivo con plenitud reguladora para imponerse a las relaciones de trabajo existentes en su ámbito de aplicación sin necesidad de su recepción en un convenio posterior de ámbito más reducido. En esta dirección SALIDO BANÚS, José Luís. La negociación colectiva en España, *ob.cit.*, p. 146-147.

los trabajadores de la correspondientes Administración pública, sin necesidad de que su contenido concreto sea recibido en un convenio colectivo, lo que significa que tras la suscripción del acuerdo no resulta procedente abrir una segunda fase de la negociación sobre estas materias en el seno de la comisión negociadora del convenio colectivo, que se vería jurídicamente impedida para alterarlo o condicionarlo.

A nuestro juicio, más allá de la equivalencia establecida en el artículo 38.8 EBEP 2015 con el artículo 83.3 ET, lo que sucede es que los acuerdos sobre materias comunes al personal funcionario y laboral acaban siendo un nuevo tipo de instrumento colectivo creado por la ley que regula el estatuto de los empleados públicos y dotado de capacidad suficiente para determinar las condiciones de trabajo reguladas por normas de naturaleza pública que resultan comunes al personal funcionario y al personal laboral de una determinada Administración. De hecho, sucede que estamos ante un acuerdo con capacidad para producir efectos como un instrumento de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y como un convenio colectivo laboral. Pero no estamos ante un acuerdo de funcionarios y un convenio colectivo laboral. El instrumento es único y singular.

Esta afirmación puede tomar como un adecuado punto de partida una doctrina jurisprudencial consolidada que considera los llamados acuerdos mixtos desarrollados en la experiencia negocial anterior al EBEP, como un tipo único y singular dotado de una unidad inescindible que se deriva de la propia actuación de la Administración y de las organizaciones sindicales, con un contenido mixto o complejo que comprende disposiciones relativas a las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral³⁷⁰.

Este razonamiento se refuerza si se tiene en cuenta el artículo 32 EBEP 2015, donde se advierte que “La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”. Precisamente, los artículos del EBEP que regulan los acuerdos comunes al personal funcionario y laboral son de directa aplicación a este último tipo de personal, configurando un régimen específico para toda una serie de materias comunes como pueden ser las referidas a aquellos condiciones de trabajo del personal laboral que reciben un tratamiento unitario en el mismo EBEP o en otras normas de derecho público.

Pero no se trata solo de eso, como se ha dicho en algún pronunciamiento menor, la ley que regula estatuto de los empleados públicos ha establecido imperativamente el ámbito material

³⁷⁰ En este sentido las SSTs de 24 de enero de 1995, RJ/1995/1523, y de 1 de septiembre de 2004, RJ/2004/5606.

de la negociación conjunta, el procedimiento de negociación y los pertinentes efectos³⁷¹. Que esto es así lo acreditan una serie de factores. En primer lugar hay que atender al mismo dato de la legitimación para negociar. Los agentes de la negociación de los acuerdos previstos en el artículo 83 ET, resultan ser única y exclusivamente, las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas. Un esquema representativo que parece resultar lógica si atendemos al carácter de negociación “en la cumbre” que caracteriza a esta particular tipología de convenios. En cambio, los acuerdos sobre materias comunes de negociación para cada Administración pública por las organizaciones sindicales más representativas, por las que tienen presencia en la mesa general de negociación de las Administraciones públicas y representación en el ámbito del personal funcionario o laboral, y, finalmente, por las que tiene una simple representación acumulada del 10 por 100 en el ámbito del personal funcionario y del personal laboral. Además, la legitimación para concluir acuerdos varía sustancialmente de un tipo a otro. La doctrina judicial resulta suficientemente ilustrativa a este respecto, cuando se plantea la mayoría necesaria para convenir que puede referirse a los representantes de los miembros de la Junta de Personal y del Comité de Empresa por separado, es decir, a los representantes dentro del ámbito funcional o del ámbito laboral, o presumir que de la regulación propia del EBEP puede deducirse que los sujetos negociadores del banco social de un acuerdo sobre materias comunes, representan conjuntamente a funcionarios y laborales, y, por tanto, no cabe fragmentar por ámbitos la validez de lo negociado, como pretendían los recurrentes, al pedir que se tomara en cuenta, a efectos de legitimación negociadora, la representatividad que se alcanzara en un determinado ámbito, en este caso, el laboral³⁷².

Por último, no estará de más advertir de la importancia última que acaba teniendo la determinación de la jurisdicción que va a conocer de los litigios sobre materias comunes. De hecho, el EBEP no determina el orden jurisdiccional competente para resolver sobre la impugnación de los pactos y acuerdos de las mesas generales comunes a personal funcionario y laboral. Si se mantiene la tesis de su naturaleza dual, estos, una vez celebrados y aprobados por el correspondiente órgano de gobierno, a efectos de impugnación, debería distinguirse que, en cuanto a los funcionarios, habría de residenciarse ante los tribunales del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción, ya que se estaría tratando de la interpretación o aplicación de un precepto de un acuerdo colectivo, mientras que para el personal laboral la jurisdicción competente resultaría ser la del orden social, ya que se estaría enjuiciado la interpretación o

³⁷¹ STSJ de Extremadura de 29 de noviembre de 2007, AS/2008/630.

³⁷² STSJ de Madrid de 13 de abril de 2012, ROJ: STSJ M 1529/2012.

aplicación de una cláusula de un convenio colectivo. Además, tales tribunales, al ser independientes entre sí, podrán alcanzar fallos contradictorios, abriéndose el interrogante de si la nulidad del pacto o acuerdo común en cuanto acuerdo colectivo comportase la nulidad en cuanto convenio colectivo y viceversa³⁷³.

Estos posibles efectos se han de descartar a la vista de la jurisprudencia consolidada existente al respecto, donde se advierte que el pertinente acuerdo aunque afecte a personal laboral, se dicta en el ámbito de la función pública, por una mesa general y, por lo tanto, con afectación de los intereses de los funcionarios públicos, entendiéndose que aunque el instrumento negociado posea un contenido extenso y abarque tanto a los funcionarios como al personal laboral, nos encontramos en un supuesto de exclusión del orden social, de conformidad siempre con la doctrina desarrollada por el Tribunal Supremo sobre los acuerdos mixtos³⁷⁴.

Las dudas que pudieran quedar al efecto hay que descartarlas a la vista de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, cuyo artículo 2, relativo al ámbito del orden jurisdiccional social, contiene un párrafo h) en el que se afirma la competencia de dicha jurisdicción sobre impugnación de convenios y acuerdos, cualquiera que sea su eficacia, incluidos los concertados por las Administraciones públicas “cuando sean de aplicación exclusiva a personal laboral”. Ello supone que los acuerdos conjuntos que resultan de aplicación al personal funcionario y al personal laboral quedan al margen de la jurisdicción social, y hay que residenciar sus posibles impugnaciones en el orden contencioso-administrativo. Por esa razón el artículo 3.e) LRJS advierte de que los órganos jurisdiccionales del orden social no han de conocer “De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral, y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral”.

Así lo ha entendido ya la Sala Social de nuestro Tribunal Supremo, cuando, de acuerdo con la nueva ley reguladora de la jurisdicción social, más concretamente de su artículo 2, letras f) y h)

³⁷³ La observación se formula en ROQUETA BUJ, Remedios. “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público”. *Revista de Estudios Locales*. Nº 112, 2008, p. 351. De hecho, la STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2009, JUR/2010/62590, advierte de la existencia de una duplicidad de órganos jurisdiccionales para el conocimiento de las pretensiones del personal funcionario y del personal laboral en la consideración y efectos del acuerdo-convenio sobre condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral del Ayuntamiento de Madrid.

³⁷⁴ STS de 10 de febrero de 2009, RJ/2009/128730.

y de su artículo 3, letras c), d) y e), afirma que: “debe aplicarse el principio general consistente que tratándose de tales actos plurales de la Administración dictados en ejercicio de sus competencias y funciones que afecten conjuntamente al personal laboral y funcionarial y/o estatutario su impugnación directa incumbe al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y no al social”³⁷⁵.

Es más, esta misma Sala ha concretado que cuando se procede a una negociación conjunta de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral a través de una instancia de negociación única, aunque se acabe articulando la regulación adoptada en acuerdos separados para el personal laboral y funcionario, lo que permite diferenciar ambos colectivos y, por ello, abre la posibilidad de asumir la competencia a la jurisdicción social para conocer de aquellos que afectaban exclusivamente al personal laboral, hay que entender que dicha separación o distinción resulta puramente estilística y no implica consecuencia alguna para el alcance y concreción de la medida adoptada cuyo conocimiento ha de residenciarse en el orden contencioso administrativo por tener el conflicto una afectación mixta³⁷⁶.

6.3. Mesas generales y mesas sectoriales de negociación

El artículo 34.4 EBEP 2015, permite la creación de niveles sectoriales de negociación entendidos como particulares y específicos sistemas de concertación para la regulación de las condiciones de trabajo de una determinada organización o de una particular actividad de prestación de servicios. Además, dicho precepto lleva a cabo una ordenación de la estructura de la negociación en el seno de cada Administración, distinguiendo entre mesas generales y mesas sectoriales y planteando una relación de superioridad/inferioridad entre niveles generales y niveles sectoriales de negociación³⁷⁷.

En primer lugar, la constitución de una mesa sectorial de negociación guarda una estrecha relación con los conceptos “las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos” y “su número”, y con la expresión “las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones

³⁷⁵ STS de 14 de octubre de 2014, ROJ: STS 4538/2014; en la misma dirección, el antecedente que puede suponer la STSJ de Asturias de 12 de julio de 2013, ROJ: STSJ AS 2671/2013.

³⁷⁶ STS de 21 de noviembre de 2017, ROJ: STS 4255/2017.

³⁷⁷ Conviene distinguir desde un principio entre las mesas de negociación en ámbitos específicos introducidas a nivel estatal por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, y las mesas sectoriales de negociación. A nuestro parecer las mesas de negociación de los ámbitos del personal docente no universitario, del personal de Administración de Justicia y del personal estatutario de los servicios de Salud, resultan ser verdaderas mesas generales para la negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario o estatutario de su respectivo ámbito.

administrativas”. Dos son pues las razones últimas para proceder a la creación de una mesa sectorial de negociación: el número y las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios, y las condiciones específicas de trabajo existentes en una determinada organización administrativa. Parece pues que el elemento relevante a efectos de constitución del correspondiente nivel de negociación han de ser las “peculiaridades” de un determinado régimen jurídico de carácter sectorial o las “condiciones específicas de trabajo” existentes en una determinada organización. Por tanto, lo decisivo para la viabilidad de la constitución de una determinada unidad de negociación resulta ser la singularidad profesional o posicional. Es por eso que la posibilidad de articulación de dichas instancias de negociación acaba dependiendo de un juicio de comparación entre un régimen general y un régimen particular de empleo o entre condiciones típicas de trabajo y condiciones específicas de trabajo³⁷⁸.

En segundo lugar, la constitución de mesas sectoriales resulta ser una facultad potestativa de las mesas generales. De conformidad con el artículo 34.4 EBEP 2015, las mesas sectoriales de negociación se constituyen por acuerdo de las mesas generales y dependiendo de ellas³⁷⁹. Además, el artículo 34.5 EBEP 2015 establece unas reglas de articulación entre ambos niveles de negociación en atención a las materias objeto de la negociación. De hecho, la competencia de las mesas sectoriales aparece como una competencia derivada de las mesas generales de negociación, dado que la competencia de dichas mesas sectoriales solo podrá extenderse a los temas propios de los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general respectiva o a los que esta explícitamente les reenvíe o delegue³⁸⁰. Es más, los

³⁷⁸ Tal como se dice en VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Las mesas sectoriales de negociación en las Administraciones Públicas: continuidad y cambio de su ordenación jurídica (I)”. *Relaciones Laborales*. Nº 13, 2009, p. 5 (LA LEY 13442/2009).

³⁷⁹ No hay en puridad un derecho del sindicato a la creación de una mesa sectorial de negociación, en base a la existencia de representación propia en un determinado territorio y sector, ni forma parte del derecho de libertad sindical la creación de una unidad potestativa de negociación para que el sindicato pueda participar en ella, como parece sugerirse en la STS de 27 de septiembre de 2004, JUR/2004/273445. Los artículos 34.4 y 38.9 EBEP reconocen a las mesas generales que deben constituirse en cada entidad local un amplio margen de autonomía para determinar la estructura negocial aplicable y las reglas de vertebración de las distintas unidades. En la misma dirección no estará de más advertir de que la norma básica estatal ha pretendido situar a las mesas generales de negociación en una posición de primacía absoluta con la intención de reforzar su papel estructural en la negociación. En particular, la STSJ Canarias, Las Palmas, de 13 de febrero de 2004, JUR/2004/104409, señala explícitamente que no hay una obligación legal de constituir una mesa sectorial de negociación para tratar de las condiciones de trabajo particulares del colectivo de la policía local. Por si fuera poco, la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 17 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ ICAN 4585/2013, desestima la petición de constitución de una mesa sectorial del colectivo de funcionarios de la policía local, determinando que no es una decisión para la que la una corporación local ostente una capacidad decisoria autónoma, advirtiendo que tal opción depende solo de la mesa general de negociación.

³⁸⁰ Reenvío o delegación que debe quedar suficientemente justificado o acreditado, a juicio de la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 12 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ CL 3800/2013, este es un planteamiento que parece discutible, ya que la mesa sectorial de negociación puede tratar de las materias propias de los funcionarios del sector que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general, lo que sugiere que el reenvío del objeto negocial puede hacerse tanto de forma expresa como tácita.

conflictos normativos que puedan darse entre negociaciones de diferente nivel general y sectorial se resolverán, de acuerdo con la previsión del artículo 38.9 EBEP, en base a los criterios de primacía y complementariedad³⁸¹.

Dicho esto, podemos afirmar que la competencia de las mesas sectoriales de negociación, o si se quiere su ámbito apropiado de negociación, solo va a poder extenderse a las materias que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general o a las que esta explícitamente les reenvíe o delegue en relación con las particularidades del régimen jurídico de su sector o con las condiciones específicas de trabajo existentes en una determinada organización. Materias no tratadas, materias remitidas o delegadas y particularidad o especificidad de las mismas configuran el ámbito objetivo del nivel sectorial de negociación. Por esta razón podríamos decir que el acuerdo obtenido en la mesa general de negociación delimita el contenido posible de los acuerdos a obtener en la mesa sectorial de negociación en base a la falta de decisión, el reenvío o la delegación.

En última instancia dicho planteamiento parece exigir un juicio de comparación que puede darse entre grupos de disposiciones que se refieren a la misma institución o, más sencillamente, al mismo objeto, o puede referirse también a la confrontación global de dos normas colectivas. Con todo, lo que parece esencial es que la comparación se haga entre grupos de normas

³⁸¹ Los criterios de primacía y complementariedad entre mesas generales y sectoriales de negociación se describen por vez primera en la Resolución de 3 de enero de 1992, de la Dirección General de Trabajo, por la que se publica en el Boletín Oficial del Estado, el texto del Acuerdo suscrito entre la Administración del Estado y los Sindicatos, Unión General de Trabajadores (UGT), Comisiones Obreras (CCOO), Confederación Sindical Independiente de Funcionarios (CSIF) y Solidaridad de Trabajadores Vascos (ELA/STV), para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo, cuyo Capítulo XIII, incorpora un punto 5, relativo a la coordinación entre los distintos ámbitos de negociación en base a los criterios de primacía, complementariedad, competencia y cobertura presupuestaria. Aquí se señala que el criterio de primacía supone no modificar en el ámbito sectorial los criterios generales acordados sobre las materias tratadas en el ámbito general, ni plantear en los ámbitos descentralizados de negociación temas distintos a los que expresamente remita el acuerdo establecido en la correspondiente Mesa. El criterio de complementariedad, presupone que los acuerdos o pactos establecidos en un ámbito inferior de negociación, cuando aborden una materia ya regulada en un acuerdo de ámbito superior, no podrán modificar lo acordado, limitándose exclusivamente a complementar el acuerdo de ámbito superior. El mismo punto advierte de que si un acuerdo o pacto contraviniera cualquiera de los criterios señalados anteriormente, no será de aplicación. Dichos criterios se reproducen y consolidan en el apartado V, relativo a los principios de coordinación entre los distintos ámbitos de negociación de la Resolución de 26 de mayo de 2008, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se publica el Acuerdo Administración-Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado; dichos principios no han sido alterados por la Resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación que conserva también la estructura de ámbitos de negociación prevista en el Acuerdo del año 2008. Los mencionados criterios se han trasladado también a la articulación de la negociación colectiva en las comunidades autónomas como puede verse en el artículo 9 de la Orden de 7 de abril de 2008, del Departamento de Presidencia, por la que se publica el Acuerdo de 11 de marzo de 2008, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándola, al Acuerdo Administración-Sindicatos de articulación de la negociación colectiva e la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

negociadas que conforman una unidad querida por los negociadores de al menos uno de los acuerdos colectivos que se han de comparar³⁸².

En consecuencia, una negociación apropiada en un ámbito sectorial de negociación exige las condiciones siguientes:

- a) Que la mesa sectorial de negociación se haya constituido previamente en base a una decisión de la mesa general de negociación.
- b) Que dicha decisión de constitución atienda a las peculiaridades y al número de un sector de funcionarios o a las condiciones de trabajo existentes en una determinada organización.
- c) Que la materia no haya sido tratada o haya sido remitida o delegada por la correspondiente mesa general de negociación³⁸³.

Más allá de la pura constatación de que un particular grupo de funcionarios carece de autonomía para exigir la constitución de una unidad específica de negociación, lo cierto es que una vez constituida, la existencia de dos o más niveles de negociación puede resultar problemática. Dicha conflictividad puede darse entre las negociaciones producidas en la mesa general de negociación y en las mesas sectoriales de negociación, pero puede producirse también entre los resultados negociales de las distintas mesas sectoriales de negociación.

De entrada hay que tener en cuenta que el propio contenido de la negociación puede reflejarse como un factor interno de afirmación determinante de la procedencia de la negociación en un determinado nivel que se plantea como el adecuado para la negociación. Dicho de otra manera, el contenido de la negociación implica el ámbito de la misma con independencia de las reglas

³⁸² En este sentido, ALIPRANTIS, Nikitas. “Conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel (I)”. *Relaciones Laborales*. Tomo I-1987, p. 132-133.

³⁸³ Dicho esto, no estará de más advertir de que el señalamiento expreso de las unidades sectoriales de negociación se ha producido en la Administración del Estado y en la de algunas Comunidades Autónomas a través de acuerdos colectivos dirigidos directamente a la ordenación de la negociación colectiva y fundamentados en el artículo 38.9 EBEP 2015 que avala y permite dichos instrumentos al establecer directamente que los pactos y acuerdos podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito. Así ocurrió en su día con el Acuerdo Administración-Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración general del Estado, publicado por Resolución de 26 de mayo de 2008, de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, que ha sido recientemente sustituido por la Resolución de 12 de noviembre de 2012, de la Secretaria de Estado de Administraciones Públicas, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de la Mesa General del Estado de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación. Una vía esta que actúa como un referente cierto para determinadas Comunidades Autónomas, tal como se puede ver en la Orden de 7 de abril de 2008, del Departamento de Presidencia, por la que se publica el Acuerdo de 11 de marzo de 2008, del Gobierno de Aragón, por el que se otorga la aprobación expresa y formal, ratificándolo, al Acuerdo Administración-Sindicatos de articulación de la negociación colectiva en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

de primacía y complementariedad que actúan como criterios de coordinación de las diferentes unidades de negociación. Al menos en apariencia, no todas las condiciones de trabajo pueden pactarse en cualquier nivel, sino que debería haber una especie de correlación entre las condiciones de trabajo a negociar y el nivel adecuado para su negociación, de forma que, según cuáles sean las condiciones que se pretendan tratar, se optará por uno u otro nivel y de esa opción resultará también una u otra configuración de la ordenación de la negociación colectiva.

Si se trata de contenidos que afectan a la generalidad de los funcionarios los niveles adecuados son siempre los de más amplitud, sin que pueda pretenderse una determinada “segmentación” del objeto de la negociación³⁸⁴. De tomarse como referencia las condiciones de trabajo propias de un determinado colectivo vinculado a una concreta o particular situación organizativa o sectorial, el nivel de negociación debe resultar concorde con la especialidad o la particularidad de las condiciones de trabajo que se hayan de aplicar³⁸⁵. Cabe en este planteamiento una opción por el desdoblamiento funcional de una determinada materia. Es decir, resulta posible que una serie de condiciones de trabajo, como pueden ser las retribuciones o la jornada, se negocien en distintos ámbitos y con diferentes intensidades, intentando por ejemplo asegurar en el más amplio la uniforme aplicación de unas determinadas políticas que permitan imbuir a la negociación un determinado sentido de unidad, mientras que en el nivel sectorial se pretenda adaptar las políticas generales a situaciones particulares de un determinado colectivo o de una determinada organización o unidad administrativa³⁸⁶.

En cambio lo que resulta más discutible, y lo que parecen intentar evitar los criterios de primacía y complementariedad entre negociaciones generales y sectoriales, es una negociación “estructurada”, en la que por una preconcebida opción se “duplican” los contenidos obtenidos en los niveles más amplios de negociación introduciendo una serie de mejoras o ventajas particulares para determinados colectivos situados en una mejor posición de naturaleza específica³⁸⁷. Por decirlo de otra manera, la función de las mesas sectoriales de negociación no

³⁸⁴ La STS de 17 de febrero de 2003, ROJ: STS 1035/2003, rechaza una pretendida negociación de la oferta de empleo público del Estado, en la mesa del ámbito descentralizado del CSIC, en base a una lesión del derecho a la promoción profesional de los cuerpos y escalas del CSIC, advirtiendo que la negociación ha de tener lugar “en su ámbito respectivo”, es decir, a nivel nacional por tratarse de una oferta de empleo público de todo el personal dependiente de la Administración General del Estado.

³⁸⁵ La STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2010, JUR/2011/70063, opta por afirmar la competencia de una ya constituida mesa sectorial de negociación de educación frente a la mesa general de negociación, para el tratamiento de unas bases generales de acceso a plazas que solo conciernen a los cuerpos docentes.

³⁸⁶ Tal como se razona en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M^a Luz. La estructura de la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 206-211.

³⁸⁷ Al respecto, resulta de un extraordinario interés la STSJ de Andalucía, Granada, de 16 de febrero de 2014, ROJ: STSJ AND 1687/2014, donde se nos dirá que la mesa sectorial de negociación no tiene derecho a reclamar la negociación de una materia en la que ya ha intervenido la mesa general de negociación.

debería ser la introducción de condiciones de trabajo más o menos “favorables”, sino simplemente más “especiales”, es decir, más concretas, adaptadas y integradas al ámbito subjetivo de la negociación.

Lo que tampoco puede negarse es que el sector público por naturaleza, en base a su propia estructuración profesional por cuerpos, escalas, clases y categorías, procura identidades colectivas singulares que identifican un sector con una posición profesional. Dicha posición tiende al rechazo de las lógicas de representación general y propicia la especificidad del grupo como una parte o fracción de los empleados públicos de características distintas que a menudo dispone de un elevado poder de negociación que deriva directamente de la eficacia de sus posibles manifestaciones de conflicto en base a una posición estratégica en el sistema de servicios públicos. Esto permite obtener en sede sectorial determinados privilegios que se disfrazan de condiciones de trabajo “específicas” y que no resultan discutidas ni por los órganos de gobierno de las Administraciones, ni por las confederaciones sindicales históricas, aunque la forma en que se justifican estas concesiones, en base siempre a su especialidad, impide que se puedan expandir al resto de personal³⁸⁸.

Por consiguiente, no resulta infrecuente que las unidades generales de negociación intenten controlar el “efecto” de las negociaciones sectoriales subordinando su eficacia a una ratificación posterior por la mesa general de negociación, lo que resulta harto discutible ya que la validez de un acuerdo obtenido en una mesa de negociación no parece que pueda condicionarse a dicho trámite de aprobación, con independencia de que los órganos de gobierno de la respectiva Administración decidan otorgar o no la pertinente validez y eficacia al acuerdo obtenido en la correspondiente mesa sectorial de negociación. El planteamiento es simple, a priori no puede afirmarse una relación de jerarquía formal entre los diferentes niveles en que puede desarrollarse la negociación en el sistema de función pública. Una relación jerárquica que a menudo intenta construirse en base al llamado criterio de competencia, por el que la aplicación de un acuerdo o pacto queda supeditado a que haya sido suscrito de conformidad con lo establecido en los acuerdos que contienen los llamados criterios de primacía y de complementariedad, un criterio este que no ha sido recogido en el artículo 38.9 EBEP, y que olvida el carácter autónomo de la negociación sectorial cuando no posee una vinculación funcional con la entablada en el nivel general de negociación y cumple su concreta finalidad de

³⁸⁸ Sobre la identificación entre posición profesional, corporativismo y negociación colectiva “singular”, nos remitimos a las atinadas consideraciones de NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *Sindicato y negociación colectiva de franja*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 104-114.

negociar la especialización de las condiciones de trabajo que pueden darse en una concreta organización o en un determinado sector en ausencia de una regulación de carácter general³⁸⁹.

Cuestión distinta y no menor resulta ser el supuesto específico del reenvío o remisión de una determinada materia desde una instancia general a un nivel sectorial de negociación para su tratamiento y consideración. El problema que debemos considerar aquí es si la mesa general de negociación actúa como una fuente originaria, mientras que la mesa sectorial es una fuente delegada que ejerce un poder transferido, no propio, poder que puede asumirse en cualquier momento por quien realmente lo ostenta, lo que implicaría que las materias atribuidas a la mesa sectorial de negociación pueden recuperarse en cualquier momento por la mesa general de negociación.

En todo caso, la existencia de acuerdos sectoriales de negociación que mejoran las condiciones de trabajo obtenidas en las unidades generales o que simplemente aportan una más concreta especificación de los posibles espacios o mandatos propios de negociación superior colmando los vacíos o las imperfecciones propias de su mayor amplitud, puede producir sin duda un efecto de difusión o expansión hacia otros ámbitos sectoriales de negociación. Por ello se ha afirmado que el acuerdo obtenido en una mesa sectorial de negociación no puede extenderse sin más al personal de otros ámbitos, ignorando el entramado institucional de mesas de negociación y las correspondientes reglas de reparto de atribuciones³⁹⁰. Aún más, no parece que en el acuerdo del órgano de gobierno pertinente por el que se otorga validez y eficacia a lo negociado en una determinada instancia de concertación pueda optar por extender la aplicación de una negociación sectorial de condiciones de trabajo a colectivos no incluidos en la misma, lo que supondría un menoscabo del derecho de negociación de dichos grupos³⁹¹. Lógicamente, tampoco puede exigirse a los representantes de la Administración en una mesa sectorial que se llegue a los mismos acuerdos obtenidos en otras mesas de negociación. En un sentido inverso, tampoco parece que un acuerdo obtenido en una mesa general de negociación sobre una materia

³⁸⁹ El criterio de competencia se enuncia del modo siguiente: “Criterio de competencia, por el que la aplicación de un acuerdo o pacto queda supeditado a que haya sido suscrito de conformidad con lo establecido en el presente Acuerdo”, tomamos dichas expresiones del apartado V. c) de la Resolución de 22 de mayo de 2008, de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, por la que se publica el Acuerdo Administración-Sindicatos para la ordenación de la negociación colectiva en la Administración General del Estado.

³⁹⁰ La STS de 18 de marzo de 2010, JUR/2010/123573, afirmará que el acuerdo obtenido en una mesa sectorial de negociación no puede extenderse a otros colectivos o sectores específicos no incluidos en ámbito de la correspondiente mesa sectorial. La STSJ de Murcia de 16 de diciembre de 2011, JUR/2012/84068, precisa que los acuerdos obtenidos en la mesa sectorial de Administración y servicios de la Administración pública de la Región de Murcia no pueden ser trasladados a funcionarios que articulan su negociación a través de la mesa sectorial de sanidad.

³⁹¹ Tal como se dice en la ya citada STS de 18 de marzo de 2010, RJ/2010/4431.

previamente delegada a una mesa sectorial de negociación pueda desplazar sin más al acuerdo resultante de dicha mesa sectorial, aunque este acabe siendo más restrictivo que el aplicado al resto de funcionarios³⁹².

6.4. Mesas supramunicipales y mesas municipales de negociación

El artículo 34.2 EBEP 2015 reconoce la legitimación de las asociaciones de municipios, así como la de las entidades locales de ámbito supramunicipal para negociar. A tales efectos, los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente.

Nada se dice sobre las organizaciones sindicales legitimadas para negociar, por lo que habrá que estar a la cláusula general establecida en el artículo 33.1 EBEP 2015 que prevé la necesaria integración de las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal o de comunidad autónoma, así como de los sindicatos que haya obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de constitución, un ámbito específico que deberá referirse al espacio concreto supramunicipal de negociación acotado por la representatividad de la correspondiente asociación de municipios o por el ámbito territorial de la específica entidad local de carácter supramunicipal³⁹³.

Más allá de esta cuestión se plantea otra no menor. Por la ubicación del precepto, parece ser que la negociación que se propone lo es para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, pero lo cierto es que el fundamento último del precepto solo tiene sentido si su finalidad resulta ser la eliminación de vacíos negociales, la habilitación de procesos de negociación más ágiles y eficientes o la homogeneización de las políticas de personal de las corporaciones locales de una determinada área territorial, con lo que nada se ganaría acantonando estos procesos de negociación al ámbito estricto de la función pública y evitando

³⁹² Es decir, no se puede afirmar que existe jerarquía entre un acuerdo de mesa general y un acuerdo de mesa sectorial en una material delegada “in totum” por el ámbito más elevado de negociación al ámbito más estrecho, como se puede ver en la STSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, AS/2004/2654.

³⁹³ El problema puede plantearse cuando los propios actores negociales acotan el ámbito negocial a la regulación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos de las entidades locales que tengan un determinado límite de población, tal puede verse en la Resolució EMO/393/2015, de 18 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya de menys de 20.000, DOGC: 6826/9.3.2015. Aquí resulta esencial distinguir entre la delimitación de la unidad de negociación y el ámbito de afectación, de manera que la unidad quedaría delimitada de la forma que ya se ha dicho, sin perjuicio de que pueda limitarse el correspondiente ámbito de afectación a unas entidades locales concretas en función del número de habitantes o de un territorio concreto.

que la negociación colectiva supramunicipal lo fuera también de las condiciones de trabajo comunes a todos los empleados públicos.

Lógicamente, ello plantea que el banco sindical de dichas mesas de negociación se constituya en base a los criterios de representación establecidos en el artículo 36.3 EBEP 2015. Es decir, tomando en consideración los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación. Ahora bien, conviene advertir de que en este caso concreto también deberán estar presentes en estas mesas, las organizaciones que formen parte de la mesa general de negociación de las Administraciones públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente de la mesa de que se trate³⁹⁴.

A partir de ahí parece pues que el EBEP permite la constitución de ámbitos supramunicipales para la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos de las entidades locales del territorio correspondiente. A nuestro entender existen en el EBEP dos posibles opciones de constitución de ámbitos de negociación de carácter supramunicipal. La primera permitiría articular una unidad de negociación constituida por los representantes de la correspondiente asociación de municipios y por los representantes de las organizaciones sindicales más representativas y representativas en el ámbito específico correspondiente. La segunda, articularía un canal plural, que podría estar integrado en la parte pública por representantes de una diputación, de una comarca u de otras entidades que agrupen varios municipios instituidas por las comunidades autónomas de un área metropolitana, de una mancomunidad de municipios o de un consorcio que pudiera constituirse entre entidades locales de diferente nivel con esta finalidad; consecuentemente, en este caso el banco sindical estaría compuesto por representantes de las organizaciones sindicales más representativas y representativas en el ámbito específico correspondiente. En todo caso, hay que destacar que estos niveles de negociación se articularían expresamente para la negociación de un acuerdo

³⁹⁴ Lo que puede llevar aparejado algún problema de legitimidad sobre el que no se haya reflexionado suficientemente. Así, por ejemplo, adviértase la distinta representatividad que refleja la Resolución de 15 de septiembre de 2014, de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social, por la que se dispone el registro y publicación del II Acuerdo Marco entre la Federación Valenciana de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales CC.OOO, UGT y CSIF para el personal al servicio de las Administraciones locales de la Comunidad Valenciana en contraste con la Resolución EMO/393/2015, de 18 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya de menys de 20.000 habitants (2015-2017), subscrito por los representantes de la Asociación Catalana de Municipios y Comarcas, la Federación de Municipios de Cataluña, Comisiones Obreras de Cataluña (CCOOO) y la Unión General de Trabajadores (UGT), con fecha de 19 de diciembre de 2014, acuerdo en el que no consta que la CSIF fuera invitada a la mesa de negociación.

colectivo referido objetivamente a los municipios de su ámbito territorial que podrían adherirse al mismo. En cierta manera, lo que habría detrás de la constitución de estas unidades de negociación es una voluntad expresa de cooperación interlocal que se plasmaría en una técnica de colaboración entre unidades de negociación que permite el incremento de la cobertura convencional, la agilización del proceso de negociación, y en definitiva, la ordenación y racionalización de las condiciones de trabajo de los empleados públicos de una determinada área territorial.

Por consiguiente debemos distinguir esas dos primeras opciones de una tercera de características distintas que se contiene expresamente en el segundo párrafo del artículo 35.2 EBEP 2015, cuando se dice que: “Asimismo, una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal”. Ello supone que cualquier Administración, y no solo la municipal, dentro del ámbito de una misma comunidad autónoma puede adherirse a los acuerdos alcanzados por otra para sus propios empleados públicos, configurando el supuesto típico y clásico de la adhesión³⁹⁵.

La cuestión así planteada suscita algunos problemas de interés. El primero y principal es hasta qué punto puede hablarse de verdaderos acuerdos de condiciones de trabajo en los dos primeros supuestos que hemos identificado. A mi entender, lo que se va a formular por la mesa de negociación constituida con la participación de una asociación de municipios o de una entidad supramunicipal es un acuerdo de mesa de negociación pero no es un verdadero acuerdo colectivo al faltar, o al no considerarse necesario, el trámite de aprobación expresa y formal por el correspondiente órgano de gobierno previsto en el artículo 38.3 EBEP 2015, que además difícilmente podría decidir sobre una materia que propiamente escapa a su ámbito de competencia. Por lo tanto, parece que estas particulares unidades de negociación elaboran una propuesta de acuerdo que ha de ser correctamente integrada por el órgano de gobierno del municipio adherente. La segunda de las cuestiones a plantear deriva directamente de la primera. Si entendemos que el acuerdo es en sí mismo un producto de la mesa de negociación, una

³⁹⁵ En todo caso, es evidente que la adhesión se produce ordinariamente entre unidades funcionalmente idénticas o equiparables de una misma área territorial, lo que configura a la afinidad funcional y geográfica como una regla de razonabilidad en el momento de la elección del instrumento de una posible adhesión. De hecho, las Administraciones serían libres para elegir, si se da esta situación, la propuesta de acuerdo más favorable para sus intereses que pudiera surgir de los sujetos habilitados para negociar acuerdos supramunicipales, pero dicha elección debería sujetarse a criterios racionales en el momento de la elección del acuerdo colectivo de adhesión. Sobre el criterio de racionalidad en la adhesión nos remitimos a las atinadas observaciones de GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco J. *La adhesión al convenio colectivo*. Santiago de Compostela: EGAP, 1997, p. 288-289.

propuesta negociada, es evidente que constituye un todo orgánico unitario y no divisible que debería ser asumido íntegramente por el correspondiente órgano de gobierno del municipio que desee adherirse al mismo³⁹⁶. Cuestión distinta es que el acuerdo en cuestión pueda ser objeto de modificación a través de la pertinente negociación en la correspondiente mesa de una determinada corporación local incorporándose solo parcialmente su contenido³⁹⁷.

A tenor del artículo 34.2 EBEP 2015 la facultad de adherirse a los acuerdos alcanzados en un nivel supramunicipal se predica de los municipios, literalmente el precepto nos dice que: “los municipios podrán adherirse con carácter previo o de manera sucesiva a la negociación colectiva que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente”. Aún más, el siguiente párrafo del mismo precepto advierte que: “una Administración o Entidad Pública podrá adherirse a los Acuerdos alcanzados dentro del territorio de cada Comunidad Autónoma, o a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal”. En base a dicho articulado es posible afirmar que el correspondiente órgano de gobierno de una entidad local puede decidir unilateralmente adherirse al acuerdo supramunicipal y proceder a su válida integración en el correspondiente ordenamiento interno³⁹⁸.

³⁹⁶ La STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2010, ROJ: STSJ PV 1889/2010, conoce de un supuesto concreto de adhesión de un organismo autónomo local a un acuerdo supramunicipal “exclusivamente en el tema de retribución y jornada”, lo que no parece suscitar ninguna reacción por parte del órgano judicial, reacción que podría producirse porque la reclamación se centra en las mejoras asistenciales, unas mejoras asistenciales que no constan en el acuerdo de adhesión y que se deniegan por no haberse adherido a las mismas expresamente el organismo autónomo correspondiente, lo que sin duda pone en cuestión el propio equilibrio interno del correspondiente acuerdo colectivo.

³⁹⁷ Como elemento referencial se puede señalar que el artículo 92.1 ET exige que la adhesión lo sea: “a la totalidad de un convenio en vigor”, lo que parecería excluir, en principio, la posibilidad de modificar sus cláusulas por los adherentes, un planteamiento que contrasta con una práctica convencional que demuestra con rotundidad que la adhesión no es siempre a la totalidad dada la autonomía y independencia de las correspondientes unidades negociadoras. A partir de aquí, la exigencia de que la adhesión lo sea a la totalidad ha de entenderse como una regla general; es decir, bien sea porque expresamente se pacte así, bien porque nada se diga en contrario, bien porque del contexto no se deduce otra cosa, tal como se señala en GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco J. La adhesión al convenio colectivo, *ob.cit.*, 280-284.

³⁹⁸ De hecho los acuerdos marcos existentes parece referirse exclusivamente a esta posibilidad, así el artículo 1.4 de la Resolución de 15 de septiembre de 2014, de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo, Corporativismo y Economía Social, por la que se dispone el registro y la publicación del II Acuerdo Marco entre la Federación Valenciana de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales CC.00, UGT y CSIF para el personal al servicio de las Administraciones locales de la Comunidad Valenciana, se limita a disponer que: “En todo caso el presente documento será el Acuerdo mínimo de aplicación en las corporaciones locales miembros de la FVMP, siempre que lo hayan ratificado mediante el oportuno acuerdo de adhesión”. Más taxativo resulta ser el artículo 4 de la Resolución EMO/393/2015, de 18 de febrero, por la que se dispone la inscripción y la publicación de l'Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya de menys de 20.000 habitants (2015-2017), donde se afirma que: “1. Aquest acord serà vinculant per aquelles entitats definides a l'article 1 d'aquest Acord, que si adhereixen expressament; i tindrà un caràcter necessari i serà indivisible a tots els efectes. 2. Les condicions pactades en el mateix constitueixen un tot orgànic unitari i als efectes de la seva aplicació les condicions pactades seran considerades global i conjuntament vinculades a la totalitat; per aquest motiu no podran ser renegociades, modificades, reconsiderades o parcialment aplicades separatament del seu context. En aquest sentit, no serà possible aplicar només determinades parts de l'articulat sinó que s'haurà d'aplicar la integritat de l'acord.” De una forma más matizada, en la introducción del Acuerdo Marco Regional para el

Una opción que ha de matizarse si se tiene en cuenta el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos que se afirma en el artículo 31.1 EBEP 2015 y el carácter *sui generis* del mecanismo de adhesión. De hecho, la institución de la adhesión remite directamente de una forma intuitiva y abstracta a la forma de convenio colectivo³⁹⁹. El acuerdo de adhesión es, en principio y al menos idealmente, un convenio colectivo sin contenido propio o con un contenido limitado al mínimo previsto por las leyes laborales⁴⁰⁰.

Por ese motivo se comparte la opinión que sustenta que una entidad local solo debería asumir el acuerdo colectivo de otra o el propuesto por una entidad supramunicipal sin constituir previamente una mesa de negociación y sin haber intentado en ella la negociación de las condiciones de trabajo cuando no existan sindicatos legitimados para negociar conforme al artículo 33 EBEP 2015, o ante la constatada imposibilidad de constituir válidamente la mesa de negociación según el artículo 35.1 EBEP 2015. Causas a las que se podría añadir la falta de acuerdo en la correspondiente mesa de negociación o en el proceso de ratificación que habilita la posibilidad de proceder, por los correspondientes órganos de gobierno, a establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios de conformidad con lo previsto en el artículo 38.7 EBEP 2015, considerándose preferible un acto de adhesión, que en definitiva presupone la integración de un instrumento negociado por remisión, a la simple resolución unilateral del procedimiento convencional⁴⁰¹.

personal al servicio de las Administraciones locales suscrito entre la Federación de Municipios de Madrid y los sindicatos más representativo se puede leer lo siguiente: “Este texto puede ser objeto de aprobación por los órganos de Gobierno de cada Ayuntamiento y de negociación con las Centrales Sindicales más representativas en las respectivas Corporaciones Locales, pudiéndose incorporar total o parcialmente su contenido por las Entidades Locales como regulación de las condiciones de trabajo de su personal”.

³⁹⁹ Tal como se dice en OLARTE ENCABO, Sofía. *El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico-positivo*. Madrid: Civitas, 1995, p. 39, el acuerdo de adhesión no es, pues, sino una modalidad singular de convenio colectivo que supone el nacimiento de un convenio diferenciado de aquel del que toma prestando su contenido, cuya peculiaridad radica simplemente en una mayor celeridad del procedimiento de negociación.

⁴⁰⁰ El derecho del trabajo distingue perfectamente entre adhesión y extensión. Tal como se dice en GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco J. La adhesión al convenio colectivo, *ob.cit.*, p. 196: “En virtud de la adhesión, los negociadores en una concreta unidad deciden voluntariamente aplicar la regulación de las condiciones de trabajo ya negociada para otra unidad, apropiándose meramente, como regla general, de ella. En la extensión, por el contrario, es una Administración pública la que toma esa misma decisión de aplicar una regulación convencional ajena”.

⁴⁰¹ La tesis en ROQUETA BUJ, Remedios. El derecho de negociación colectiva, *ob.cit.*, p.182-183. Con todo, esta misma autora advierte en otro trabajo ROQUETA BUJ, Remedios. Negociación colectiva en el ámbito, *op.cit.*, que: “si el Acuerdo supralocal trata también materias que, en el esquema legal, deben recogerse en convenios colectivos específicos del personal laboral, como quiera que en el ET la adhesión a otro convenio colectivo debe ser acordada en el seno de la comisión negociadora correspondiente al ámbito carente de convenio colectivo, se aconseja que la adhesión se acuerde previamente con la representación sindical”, un planteamiento que acabaría frustrando la utilidad del acuerdo supramunicipal como un instrumento de cobertura de vacíos negociales y de superación de las dificultades estructurales para acordar en el seno de las pequeñas corporaciones locales. De manera que hay que entender que el acuerdo sobre materias comunes es un instrumento típico y singular propio

El resultado en cualquier caso es que la unidad adherente se dota a sí misma de un acuerdo colectivo y, en definitiva, de una regulación de las condiciones de trabajo de sus empleados públicos apropiándose del contenido negocial dispuesto en otro ámbito de negociación. Con todo, lo que resulta más difícil de sostener es que dicha incorporación presuponga la existencia de dos normas colectivas diferentes de contenido idéntico. Sin duda, el acuerdo de ratificación de la propuesta que supone el correspondiente acuerdo supramunicipal permite recibir en el ordenamiento interno el contenido previamente acordado, cuestión distinta es que se de a luz un nuevo acuerdo colectivo que pueda dotarse de una dinámica y de una lógica propia.

En resumidas cuentas, estaríamos aquí ante una figura que se parece más a la aplicación voluntaria de las cláusulas de un acuerdo colectivo previamente constituido en otro unidad de negociación a través de un proceso ordenado por la ley, proceso que presupone la ratificación de dicho acuerdo mediante una declaración explícita y su recepción en el sistema de ordenación de las condiciones de trabajo de una determinada corporación local⁴⁰². Dicha aplicación, para estos particulares supuestos, convendría distinguirla de la adhesión que implica un proceso de negociación en la correspondiente mesa y que en la práctica permite siempre la creación de un nuevo acuerdo colectivo con autonomía y sustancia propia, mientras que en estas circunstancias concretas el contenido de la norma reclamada se congela integrándose en el ordenamiento interno de la entidad reclamante⁴⁰³.

Dicho esto, hay que observar que esa regulación por remisión, en sí misma considerada, puede no producir inmediatamente unos determinados efectos jurídicos, exigiendo de la corporación local adherida la adopción de una serie de decisiones concretas tendentes a desarrollarla y a plasmar en sus correspondientes instrumentos de ordenación el contenido de los correspondientes acuerdos⁴⁰⁴.

En otro orden de consideraciones, hay que recordar que todo acuerdo de adhesión acordado en una mesa de negociación va referido a un instrumento colectivo, al que llamaremos acuerdo

de la legislación de empleo público que sigue las reglas de procedimiento y aprobación de los acuerdos de condiciones de trabajo típicas del empleo público, y también las pertinentes a la adhesión.

⁴⁰² Utilizando el texto de la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2012, ROJ: STSJ PV 4793/2012, estaríamos ante un acto que constituye expresión de la autonomía local y supone la fijación de futuro en las decisiones del ente local sobre las condiciones de empleo de sus trabajadores.

⁴⁰³ Para la distinción entre adhesión y aplicación voluntaria de un convenio nos remitimos a OLARTE ENCABO, Sofía. El convenio colectivo por adhesión, *ob.cit.*, p. 75-78.

⁴⁰⁴ La STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 28 de febrero, JUR/2006/118730, advierte precisamente que la adopción de un determinado acuerdo supramunicipal firmado por una federación de municipios puede no tener efectos vinculantes concretos en materia retributiva hasta que se realice la correspondiente trasposición o traslado de determinados factores retributivos a la correspondiente estructura de las retribuciones de los empleados de un determinado ayuntamiento.

colectivo adherido. Un acuerdo colectivo que ha de tener validez y eficacia jurídica en el momento de la adhesión ya que no caben remisiones a normas inexistentes. Dicho esto, el acuerdo de la mesa que constituye la decisión de adherirse a un instrumento preexistente, en cuanto acuerdo de condiciones de trabajo “propio”, deberá cumplir con las prescripciones del artículo 38.4 y 38.5 EBEP 2015, es decir, deberá determinar las partes que lo conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia del mismo, estableciéndose al respecto la correspondiente comisión paritaria de seguimiento, sin perjuicio de que a efectos normativos se remita a las cláusulas del acuerdo colectivo supramunicipal. Una situación distinta se producirá cuando el correspondiente órgano de gobierno adopte la decisión unilateral de aplicar el acuerdo del correspondiente ámbito supramunicipal, aquí la remisión se produce en todo, y por tanto se asume el ámbito personal, funcional y temporal del acuerdo adherido, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia del mismo, con observancia de las correspondientes decisiones de la comisión paritaria de seguimiento del acuerdo supramunicipal que puedan producirse durante la vida útil del mismo, lo que lógicamente presupone la aceptación de una asociación de vigencias entre el acuerdo adherido y la regulación interna asumida por vía de recepción, de manera que el fin del acuerdo de referencia ha de presuponer también el fin de la ordenación de las correspondientes condiciones de trabajo, ya que la decisión del órgano de gobierno queda privada de la base negocial que la sustentaba hasta el momento.

De la misma manera conviene matizar los distintos mecanismos de estabilidad de los acuerdos colectivos. Sin duda, el acuerdo de adhesión obtenido en una mesa de negociación sigue una dinámica propia y ajusta su vigencia a las cláusulas de preaviso, denuncia, prórroga y ultraactividad que se hayan podido establecer en los mismos. De hecho, dichas cláusulas aportan seguridad, certeza, y lo que es más importante, protección para el proceso de negociación. Pero a nuestro entender dichas normas no pueden constituirse en un obstáculo insalvable para la recuperación del derecho de negociación en aquellas unidades negociales en las que el acuerdo colectivo ha sido fruto de una decisión aplicativa de carácter unilateral adoptada por el correspondiente órgano de gobierno. Es decir, no se puede bloquear una negociación en una determinada mesa en base a la pretendida vigencia de un acuerdo colectivo supramunicipal que en puridad se ha integrado en el ordenamiento interno a través de una decisión unilateral de la Administración. Partiendo del obligado mantenimiento de una dualidad de unidades de negociación, las organizaciones sindicales legitimadas para negociar pueden iniciar el trámite convencional instado el proceso de negociación previsto en el artículo 34.6

EBEP 2015 al no tener la obligación de garantizar el cumplimiento de un acuerdo que no han suscrito y en función del principio de libertad de negociación propia de la autonomía sindical. Hacer jugar el término de vigencia de un acuerdo supramunicipal aún en contra de la voluntad de las partes legitimadas para negociar en una unidad local no es una nota peculiar de este tipo particular de remisión normativa, dada la grave restricción del derecho de negociación que ello supondría⁴⁰⁵. Sencillamente, la adhesión de la Administración a un acuerdo negociado en un nivel supramunicipal no puede juzgar la posición de las organizaciones sindicales hacia el futuro ni les priva de su facultad de negociar en cualquier momento. Es más, no parece que el EBEP permita a las partes de una determinada mesa de negociación renunciar a la unidad de negociación que constituye cada entidad local para integrarse en un ámbito más amplio.

El artículo 34.2 EBEP 2015 nada nos dice sobre la interpretación y administración del acuerdo colectivo obtenido por adhesión, lo que obliga a determinar si se impone o no legalmente la administración única y subordinada o bien si la administración del acuerdo por adhesión es independiente de la del acuerdo supramunicipal objeto de adhesión. Cuando la adhesión resulta ser una consecuencia de la actividad negociadora de la correspondiente mesa de negociación claramente identificada y con un contenido configurador previo que satisfaga los requisitos del artículo 38.4 y 5 EBEP 2015 podemos reconocer la independencia jurídica del acuerdo de adhesión respecto del acuerdo marco “adherido” y llegar a la conclusión de que la administración y gestión del acuerdo de adhesión corresponde exclusivamente a las partes adherentes⁴⁰⁶. Por consiguiente, puede configurarse el régimen jurídico de la administración del acuerdo de adhesión en base a la nota genérica de independencia o autonomía. En todo caso conviene distinguir entre aquellos acuerdos de adhesión en los que se constituye una comisión paritaria para la interpretación y aplicación del acuerdo de aquellos otros en que, ante un vacío,

⁴⁰⁵ Para un supuesto similar, la extensión del convenio colectivo por un acto administrativo de la autoridad laboral, la doctrina judicial del orden social entiende que la extensión está siempre subordinada a la autonomía colectiva y tiene carácter provisional, de forma que no solo es posible negociar otro convenio durante la vigencia de la extensión, sino que esta cesa desde el momento en que se aprueba un convenio colectivo propio en el ámbito que operaba la extensión, tal como se puede ver en BLASCO PELLICER, Ángel; LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. “Adhesión y extensión del convenio colectivo”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; GOERLICH, José M. (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.578-581.

⁴⁰⁶ Tal como se defiende para el convenio de adhesión en OLARTE ENCABO, Sofía. El convenio colectivo por adhesión, *ob.cit.*, p. 299-314, donde se advierte de que las comisiones paritarias se configuran legalmente como órganos mixtos de carácter paritario que, en principio, están formadas por representantes de las partes firmantes del convenio, y se señala que la privación de la facultad de Administración autónoma del convenio implicaría una grave violación de su autonomía negociadora en la fase ulterior a la estipulación, advirtiendo también de que otro elemento esencial que se opone a la Administración conjunta puede ser el fenómeno de disociación de vigencias que se puede producir entre el convenio obtenido por adhesión y el convenio adherido, ya que las comisiones paritarias se extinguen con el propio acuerdo que las sustenta.

puede llegarse a entender que se ha dado una remisión cualificada que abarca también a la fase posterior de administración del acuerdo. En este supuesto, cuando no se prevé una comisión paritaria de seguimiento del acuerdo de adhesión, cabe entender que la actividad de interpretación y administración del acuerdo adherido va a proyectarse sobre la unidad de negociación adherente. Estaríamos de esta manera ante un supuesto de administración unitaria por tácita remisión que puede tener sus propios límites implícitos. Así por ejemplo, la denominada interpretación general no parece plantear ningún problema funcional de traslación a la unidad adherente carente de comisión paritaria. En cambio, la actividad puramente aplicativa que tiene por objeto la resolución de un conflicto concreto en el seno de una determinada organización pública pueden plantear una mayor dificultad que seguramente solo podrá resolverse con la reunión *ad hoc* de la pertinente mesa de negociación. El panorama descrito hasta el momento cambia radicalmente cuando el acuerdo de adhesión resulta ser en sí mismo una decisión del órgano de gobierno de la pertinente Administración, que acepta autónomamente determinar las condiciones de trabajo de sus empleados públicos por remisión a un acuerdo marco por la manifiesta imposibilidad de constituir una mesa de negociación con la mayoría necesaria para negociar o por la evidente dificultad en la conclusión de un acuerdo negociado. En principio, cabe asimilar esta situación a la ya descrita de inexistencia de una comisión paritaria de seguimiento, lo que supone la implícita aceptación de los actos de interpretación general dirigidos de forma indiferenciada a todos los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación del acuerdo adherido que se dirigen a aclarar la voluntad declarada por las partes negociadoras⁴⁰⁷. Cuestión distinta puede ser la actividad puramente aplicativa a situaciones orgánicas propias y exclusivas de la respectiva entidad local, que no pueden trasladarse al ámbito de negociación de carácter supramunicipal o las individualizadas y específicas que por su singularidad se han de resolver en base a un criterio propio del correspondiente órgano de gobierno, que al adoptar la decisión producirá un acto administrativo de carácter unilateral privado de todo elemento negocial y atribuible exclusivamente a la potestad de organización y dirección del personal que tiene confiada⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ Tal como se sostiene en la STSJ del País Vasco de 22 de febrero de 2011, ROJ: STSJ PV 777/2011.

⁴⁰⁸ Con todo, no se puede excluir alguna solución más original. Así, el artículo 5 de la Resolució EMO/393/2015, de 18 de febrer, per la qual es disposa la inscripció i la publicació de l'Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya de menys de 20.000 habitants (2015-2017), prevé la constitució de una comissió paritaria local de seguiment con el objectiu de examinar totes aquelles qüestions que se deriven de la vigència i aplicació del acord a nivell de cada entitat local, sin detallar su composició y advirtiendo de que: "En el cas que les parts de la Comissió paritària local de seguiment no es posin d'acord sobre qualsevol qüestió que afecti a la interpretació o aplicació del present Acord, formularan una consulta a la Comissió paritària de seguiment, que resoldrà sobre l'objecte de la consulta, en el termini màxim d'un mes. La decisió de la Comissió paritària de seguiment serà vinculant per les parts un cop els hi siguin comunicada". A todos los efectos habría que

Para terminar este apartado, hay que dar cuenta de una determinada práctica de adhesión que condiciona dicha decisión a que el acuerdo adherido de carácter supramunicipal resulte ser “más beneficioso para los trabajadores”⁴⁰⁹. Una cláusula de supeditación que resulta harto discutible en el sistema de función pública y que carece de toda validez⁴¹⁰. La adhesión presupone una sustitución de las condiciones de trabajo que venían aplicándose en una entidad local por las que disponga el contenido normativo del acuerdo adherido. Aún más, en el ámbito laboral, la apreciación de si un convenio es o no más beneficioso se ha de hacer tomando el contenido del mismo “en su conjunto”, por lo que el carácter *meliorativo* del nuevo acuerdo hace referencia, pues, a la totalidad de la regulación convencional, y no exclusivamente a unas determinadas condiciones de trabajo. Por esa razón hay que relativizar la eficacia jurídica y el valor de dichas regulaciones convencionales que a menudo se invocan para mantener a título individual determinados complementos o regímenes horarios que no deberían ser objeto de conservación dado que, en última instancia, la comparación debería hacerse atendiendo a la totalidad de las normas convencionales, y no solo a las de contenido económico o a las que regulan un específico tiempo de trabajo⁴¹¹. El planteamiento es simple, en la práctica la regulación de las condiciones de trabajo anterior queda sin efecto y sustituida por el acuerdo adherente, resultando incompatible la conservación de derechos “selectiva” por parte de los empleados públicos de la correspondiente unidad de negociación.

considerar a dichas comisiones paritarias locales como comisiones delegadas de la general, ya que no se puede constituir una comisión de seguimiento con las partes que no han integrado previamente la mesa de negociación; además solo de esta manera puede explicarse la subordinación de la comisión local a la comisión de seguimiento general.

⁴⁰⁹ El artículo 1.4 de la Resolución de 15 de septiembre de 2014, de la Subdirección General de Relaciones Laborales de la Dirección General de Trabajo, Corporativismo y Economía Social, por la que se dispone el registro y la publicación del II Acuerdo Marco entre la Federación Valenciana de Municipios y Provincias y las organizaciones sindicales CC.00, UGT y CSIF para el personal al servicio de las Administraciones locales de la Comunidad Valenciana, señala su carácter de “acuerdo mínimo” que resulta de aplicación “sin perjuicio de las mejoras pactadas”. Más directamente, la Resolución EMO/393/2015, de 18 de febrero, por la que se dispone la inscripción y la publicación de l’Acord comú de condicions per als empleats públics dels ens locals de Catalunya de menys de 20.000 habitants (2015-2017), contiene un artículo 7, dedicado a las condiciones más beneficiosas, donde expresamente se dice lo siguiente: “Es mantindran a títol individual les condicions de treball que superin el previst en el present Acord, i que hagin estat reconegudes amb anterioritat a la seva entrada en vigor”.

⁴¹⁰ Con cita de la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre estas materias nos remitimos a la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2012, ROJ: STSJ PV 4793/2012. Recordemos que el fundamento último de la condición más beneficiosa se encuentra en su incorporación al contrato de trabajo en virtud de un acto de inequívoca voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de derecho que se antoja de difícil atribución en un sistema estatutario de función pública, al respecto, SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina. “La condición más beneficiosa y su fuente generadora”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 174, 2015, p. 161-177.

⁴¹¹ Sobre esta cuestión los argumentos de GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco J. La adhesión del convenio colectivo, *ob.cit.*, p. 237-239.

6.5. El ámbito de aplicación del acuerdo colectivo

Como se ha dicho las unidades de negociación se delimitan a través de la precisión de su ámbito personal, funcional, territorial y temporal. A todos estos elementos se refiere el artículo 38.4 EBEP 2015, incluyéndolos como contenido mínimo de los acuerdos colectivos. A nuestros efectos el elemento que cobra un particular interés después del análisis ya realizado es sin duda alguna el ámbito personal⁴¹². De hecho, el problema que se quiere plantear no es un tema de niveles o de unidades de negociación, aquí nos situamos en el interior de los contenidos negociales de cada acuerdo para delimitar el ámbito subjetivo del mismo y en correspondencia con las clases de personal y las agrupaciones profesionales a las que se va a aplicar la norma colectiva, pudiendo suceder que una parte de la plantilla de personal quede incluida en su ámbito en tanto que otra queda excluida del mismo. Hay que resaltar también que el objeto de nuestro estudio es en estos momentos el ámbito del acuerdo y las posibles segmentaciones que el mismo produce sobre el personal susceptible de ser incluido en una determinada unidad de negociación y no la multiplicidad de diferenciaciones internas que pueden producirse en determinadas materias afectantes a las diversas condiciones de trabajo propias de la negociación colectiva con capacidad para producir un hipotético tratamiento singularizado en determinados aspectos de la relación de servicio⁴¹³.

En ese sentido, la doctrina constitucional referida al convenio colectivo laboral, que a nuestro parecer podría resultar aplicable a la negociación colectiva de los funcionarios públicos con los matices que después se verán, puede resumirse de la siguiente manera:

- a) Las partes de un acuerdo colectivo no gozan de una libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, antes al contrario, la negociación colectiva está sujeta a muy diversos límites que pueden venir dados por el principio de igualdad y no discriminación.
- b) El principio de igualdad no obliga a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito determinado.

⁴¹² Aunque también podrían considerarse aquellas diferencias de trato que pueden introducirse en base a la delimitación y tratamiento separado de determinados centros de trabajo.

⁴¹³ Sobre el concepto de segmentación fuera y dentro de la norma colectiva, nos remitimos al trabajo, CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral”. En CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coordinador). *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: Causa determinante e instrumento de contención*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 14-40.

c) La sujeción a diferentes regímenes jurídicos de los vínculos en virtud de los cuales se prestan servicios a un mismo empleador no constituye, por sí misma, una infracción del derecho constitucional a la igualdad ante la ley.

d) El principio de igualdad no impide que determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo; esta exclusión, que generalmente tiene su origen en una preferencia de los afectados, no puede asimilarse a la de aquellos grupos de trabajadores que carecen de poder negociador.

e) En todo caso, la exclusión requiere que se base en singulares características u otras circunstancias relevantes para la prestación de servicios de carácter objetivo propio⁴¹⁴.

Tomando como base la mencionada doctrina, en el ámbito privado no parece existir una especial dificultad para excluir del ámbito de la aplicación del convenio a determinados vínculos jurídicos cualificados por su especial posición. Así, por ejemplo, se permite a la negociación excluir al personal de alta dirección del ámbito de la aplicación de un convenio colectivo, una exclusión que se comparte con quienes desempeñen cargos de un determinado nivel o de mando, aún sin ser altos directivos en sentido estricto, siempre que los mismos acepten tal exclusión, expresa o tácitamente, por venir esa circunstancia motivada por un interés propio.

De manera que podemos afirmar que el principio de no discriminación proyecta sus efectos sobre las relaciones laborales y resulta exigible, por consiguiente, también en la fijación del ámbito del convenio colectivo, una vinculación que a tenor de la doctrina constitucional existente en esta materia se puede matizar en función de si la diferencia de trato cuestionada se funda o no en motivos objetivos y razonables. En todo caso, la delimitación del campo de aplicación de un instrumento colectivo no puede quedar al margen del principio de igualdad. En este sentido la diferencia de trato que se ha mostrado como más conflictiva es la que excluye a determinados grupos de trabajadores temporales o, más genéricamente, a aquellos que no tienen la condición de fijos o de plantilla, una diferenciación que no parte de los afectados y que se convierte de hecho en una vía de imposición de condiciones de trabajo menos favorables que las detenidas por la generalidad de la plantilla. Por ello, el propio Tribunal Constitucional

⁴¹⁴ La doctrina citada se deduce con facilidad de la STC 136/1987, de 22 de julio, que concreta, la STS de 28 de octubre de 2003, ROJ: STS 6668/2003. Al respecto, la exposición de ALTÉS TARREGA, Juan A.; FITA ORTEGA, Fernando L. “Las unidades de negociación”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; GOERLICH, José M. (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 191-195.

ha entendido que una exclusión del ámbito del convenio colectivo fundamentada en factores meramente temporales no es razonable ni objetiva desde la perspectiva del principio de igualdad y no discriminación⁴¹⁵.

También conviene recordar que el convenio colectivo no solo se aplica a los trabajadores presentes durante su vigencia, sino que por el contrario se entiende que el término relación laboral se expresa desde una perspectiva general y comprende tanto a las presentes como a las futuras y a las pasadas. De manera que es aplicable a los trabajadores de nuevo ingreso aunque no tuvieran un contrato de trabajo en la fecha de la firma del convenio y a quienes anteriormente fueron trabajadores y cesaron al pasar a ser pensionistas, con lo que se plantea la cuestión de las cláusulas que tienen como objeto excluir del acuerdo a trabajadores de nuevo ingreso o a trabajadores jubilados⁴¹⁶.

Por añadidura la prohibición de trato discriminatorio debería operar de forma más intensa cuando se trata de un empleador de carácter público, ya que el empresario Administración no se rige en sus relaciones jurídicas por el principio de autonomía de la voluntad sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al derecho (artículo 103.1 CE) con una interdicción expresa de arbitrariedad (artículo 9.3 CE). Así pues, como poder público que es, la Administración no está sujeta solo a la prohibición de discriminación sino que queda vinculada por el principio de igualdad ante la ley que concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales⁴¹⁷. Por tanto, el reconocimiento de la aplicación directa del principio de igualdad a las relaciones laborales en las que los poderes públicos sean parte, implica que estos están sujetos no solo a la prohibición de discriminación, sino también al respeto al principio de igualdad⁴¹⁸.

A partir de ahí surgen una serie de problemas a plantear sobre las posibles exclusiones del ámbito de un acuerdo colectivo que se proyectan sobre el personal directivo, el personal

⁴¹⁵ Tal como se dice en la STC 136/1987, de 22 de julio.

⁴¹⁶ AGÍS DASILVA, Montserrat; BLASCO LAHOZ, José Francisco. “La eficacia personal de los convenios estatutarios”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; GOERLICH, José M. (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 446.

⁴¹⁷ Muy gráficamente, SENRA BIEDMA, Rafael. “Negociación colectiva y principio de igualdad”. *IUSLabor*. Nº 2, 2007, p. 1, advierte que: “La consecuencia más conocida de esa diferenciación es que, en materia salarial, la Administración Pública está sometida, en las relaciones contractuales laborales con sus trabajadores, al principio de “salario igual por trabajo igual o de igual valor”, manifestación en el ámbito retributivo del principio de igualdad, mientras que el empleador privado solo se encuentra sometido a la prohibición de discriminación (trato peyorativo salarial a persona perteneciente a un colectivo social precarizado o digno de especial protección, una especie de prohibición de que “llueva sobre mojado”).”

⁴¹⁸ Tal como se detalla en MARTÍNEZ ROCAMORA, Luís G. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 275-280.

eventual de confianza y asesoramiento especial, el personal no permanente y el personal jubilado, que parecen haber tenido algún reflejo en nuestra jurisprudencia.

El artículo 13 EBEP 2015 advierte de que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación. Correlativamente, el artículo 37.2.c) EBEP 2015 incluye la materia determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo entre las que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación. En sustancia, los preceptos señalados se limitan a excluir la negociación colectiva como un procedimiento válido para la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo profesional. Por tanto, carece de todo sentido jurídico que dicho personal integre el ámbito subjetivo de un acuerdo colectivo. Cuestión distinta es que el EBEP tampoco nos dice cómo se van a establecer las condiciones de trabajo de este particular tipo de empleado público. Por ello, dado el sistema estatutario en que parece integrarse este particular personal, podríamos afirmar que las condiciones de trabajo de los directivos públicos se determinarán por las leyes y los reglamentos, y en su defecto, de forma unilateral por los órganos de gobierno de las diferentes Administraciones públicas dejando al margen la posibilidad de determinar algunas condiciones de trabajo en los acuerdos de gestión previéndose al efectos los oportunos fondos específicos⁴¹⁹.

A título de referencia no estará de más traer aquí el particular sistema de fuentes que rige la relación laboral de alto directivo, contenido en el artículo 3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, que remite el sistema de derechos y obligaciones concerniente a la relación laboral del personal de alta dirección a la voluntad de las partes, desplazando directamente a las normas laborales salvo que así se haga constar específicamente en el contrato, y declarando la supletoriedad de lo dispuesto en la legislación civil y mercantil y sus principios generales. En todo caso el Decreto mencionado no contiene ninguna referencia al papel del convenio

⁴¹⁹ Conviene tener en cuenta la interesante SJS Nº 32 de Madrid de 16 de febrero de 2012 (ejemplar fotocopiado), en la que se discute del reconocimiento de las ayudas de acción social previstas en el Acuerdo-Convenio del Ayuntamiento de Madrid a los titulares de los órganos directivos con cargo a los fondos previstos en la norma colectiva, apreciando el juzgador que: “pugna contra la más elemental lógica que se aplique a los órganos directivos, en relación a las ayudas sociales y al amparo del Acuerdo del Pleno de 2004, las Bases Reguladoras de la Acción Social aprobadas cada año para el resto del personal, estando como está dicho colectivo expresamente excluido del ámbito de aplicación del Acuerdo-Convenio”, señalándose al respecto que: “sin poner en tela de juicio el derecho que asiste a los órganos directivos a percibir ayudas sociales, tal derecho habrá de regirse por su propia normativa y ser satisfechas con fondos específicamente previstos y dotados a tales fines, suponiendo una clara desviación del espíritu y finalidad del Acuerdo-Convenio la práctica del Ayuntamiento de satisfacer las ayudas sociales de los órganos directivos con cargo al fondo garantizado el citado art. 23.7 para el resto del personal”. Por tanto la conclusión es obvio, las condiciones de trabajo del personal directivo se rigen por su propia normativa y se satisfacen con fondos específicos.

colectivo como fuente normativa de la relación, lo que presupone su exclusión que corre pareja de la de las demás normas de la legislación laboral y resulta coherente con la previsión de no participación como elector ni como elegible en los órganos de representación de los trabajadores en la empresa, por lo que no estando representados no estarán sujetos a lo dispuesto por los convenios estatutarios que se negocien⁴²⁰.

En todo caso un aspecto nos parece relevante y esencial en el sistema de determinación de las condiciones de trabajo del personal laboral de alta dirección: su fundamento en la autonomía de la voluntad y la presunción de una esencial paridad en el momento de su concreción que presupone la no necesidad de otros sistema de protección del trabajador de carácter heterónimo. La idea es simple y merece recordarse: la determinación del sistema de derechos y deberes de la relación laboral de alta dirección se confía a las partes de la relación en base a una pretendida situación de igualdad efectiva que descarta otros modos de protección de carácter colectivo⁴²¹.

Cuestión distinta resulta ser el alcance de la exclusión contenida en el artículo 13 del EBEP 2015, una exclusión que se refiere, como detalla su enunciado al “personal directivo profesional”, un personal cuya designación ha de atender a principios de mérito y capacidad en base a criterios de idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia. El planteamiento resulta de interés si se tiene en cuenta que en nuestro ordenamiento local siguen conviviendo de hecho diversos tipos de personal directivo con distintos regímenes jurídicos⁴²². Al respecto, conviene recordar que el artículo 176.3 TRRL establece que: “Podrán ser desempeñados por personal eventual determinados puestos de trabajo de carácter directivo, incluidos en la relación de puestos de trabajo de la Corporación, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección”, una figura cuya cobertura jurídica y validez constitucional se discute en estos momentos pero que sigue siendo profusamente utilizada por nuestras Administraciones locales para la cobertura de

⁴²⁰ Tal como se dice en DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los trabajadores directivos en la empresa*. Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 162.

⁴²¹ El tema es relevante porque en nuestra doctrina parece haberse extendido como idea que la justificación última de la exclusión del personal de dirección se debe a razones funcionales relacionadas con su posición como representante de la Administración en los procesos de negociación, tal como se afirma en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro (art. 13)”. *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. DEL REY GUANTER, Salvador (Dirección). Madrid: La Ley, 2008, p. 238; LARIOS RISCO, David. “Personal directivo”. *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. PALOMAR OLMEDA, Alberto; SEMPERE NAVARRO, Antonio V. Pamplona: Aranzadi, 2008, p. 132.

⁴²² Sobre la diversidad de modelos directivos existentes en nuestro ordenamiento jurídico y la incertidumbre que ello genera en el régimen regulador de este particular tipo de personal, nos remitimos a las observaciones de MONEREO PÉREZ, José Luís; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Personal directivo”. *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*. Granada: Comares, 2008, p. 182-197.

posiciones directivas⁴²³. En la misma dirección, los actuales artículos 130.3 y 32.bis LRBRL, permiten el nombramiento de los titulares de los órganos directivos de los municipios de gran población, de las diputaciones, cabildos y consejos insulares de personal directivo nombrado con arreglo a criterios de competencia profesional y experiencia entre funcionarios de carrera del Estado, de las comunidades autónomas, de las entidades locales o con habilitación de carácter nacional que pertenezcan a cuerpos o escalas clasificados en el subgrupo A1, salvo que el correspondiente reglamento orgánico permita que, en atención a las características específicas de las funciones de tales órganos directivos, su titular no reúna dicha condición de funcionario”. También conviene advertir de la existencia del artículo 85.bis LRBRL, un precepto que remite a los estatutos de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales locales, la determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, cuyos titulares deberán ser funcionarios de carrera, laborales de las Administraciones públicas o profesionales del sector privado, titulados superiores, y con más de cinco años de ejercicio profesional en este segundo caso.

El problema estriba hasta donde puede extenderse la exclusión del ámbito de la negociación de las condiciones de trabajo de un personal directivo que no es propiamente el personal directivo profesional regulado a grandes rasgos en el EBEP.

A nuestro entender, conviene descartar de antemano todas aquellas situaciones en las que se recurra al contrato laboral de alta dirección para la incorporación de personal directivo a nuestras entidades locales o a entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que puedan llegar a conformar su sector público. De hecho, las particularidades normativas que se recogen para el contrato laboral de alta dirección en el sector público y que hoy se contienen en la disposición adicional octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral y en la disposición adicional duodécima LRBRL, atinentes a las indemnizaciones por extinción de la relación laboral de alta dirección fundamentada en el

⁴²³ De hecho, los llamados “Criterios para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración local”, aprobados en su día por la Dirección General de la Función Pública y la Dirección General de Cooperación Local del Ministerio de Administraciones Públicas, en su página 23, consideraba implícitamente derogado el artículo 176.2 TRRL por su manifiesta incompatibilidad con el artículo 13 EBEP. Más aún nuestra jurisprudencia ha advertido reiteradamente de que la cobertura de posiciones orgánicas de dirección, coordinación o gerencia no puede llevarse a cabo a través de un nombramiento eventual de carácter no permanente que ha de tener como finalidad última prestar una función de confianza o asesoramiento especial y no desarrollar funciones reservadas tradicionalmente a personal funcionario, tal como se dice en la STS de 20 de julio de 2011, ROJ: STS 5666/2011. Por si esto fuera poco, la STC 156/2013, de 23 de septiembre, ha entendido que las funciones: “vinculadas a la jefatura del aparato administrativo de una organización”, “no encajan en el ámbito de la confianza o el asesoramiento especial, ni tampoco “se desarrollan de forma no permanente en la organización administrativa”, con lo cual este tipo de puestos no puede ser ocupado por personal eventual.

desistimiento empresarial y a la determinación de retribuciones. Sin embargo, ninguna de las dos normas citadas altera los derechos de representación y negociación que pudieran corresponder al personal de alta dirección que sigue determinando sus particulares condiciones de trabajo a través de la voluntad de las partes pero con sujeción a una serie de normas públicas que regulan de manera incisiva alguna de ellas como puede ser las retribuciones o las indemnizaciones que pudieran darse por extinción del contrato por voluntad del empresario.

La exclusión del ámbito de la negociación de las condiciones de trabajo del personal que desempeñe funciones directivas en municipios de gran población, diputaciones, cabildos y consejos insulares, es otra cuestión. A nuestro entender dicha excepción debería darse con naturalidad en todos aquellos supuestos en que este tipo de personal desempeñe responsabilidades de órganos superiores y directivos municipales, quedando, por tanto, tal como prevé el artículo 87.1.c) EBEP 2015 en situación de servicios especiales. Cuestión distinta es que el nombramiento de este tipo de personal se haga a favor de funcionarios que conservan la situación de servicio activo, supuesto en el que se va a producir una natural contradicción entre su condición de funcionario, sus derechos individuales de ejercicio colectivo y su posición directiva.

Un caso más específico sería el del personal eventual que desempeña funciones directivas, desempeño que no lo transforma en personal directivo profesional, conservando su propia naturaleza y debiéndosele aplicar el régimen jurídico de dicho personal eventual que, hoy por hoy, no contempla ninguna exclusión del ámbito subjetivo de negociación que pueda incluir a las diferentes clases de empleados públicos.

De hecho la exclusión del personal eventual resulta ser una constante de los instrumentos reguladores de las condiciones de trabajo de los empleados públicos que no parecen tener otro fundamento que la natural reticencia a considerar a este tipo de personal como una cuestión propia de los titulares de los órganos de gobierno que los nombran, cuando el mero hecho de que se califique a dicho personal por algunos aspectos particulares como pueden ser su nombramiento o cese libres o que se considere que dichos empleados desempeñan funciones de confianza o asesoramiento especial debería carecer de relevancia para abordar el tratamiento de las condiciones de trabajo de una relación de empleo de duración determinada que se constituye en base a un tipo determinado por el estatuto de los empleados públicos.

Los datos existentes al respecto parecen suficientemente relevantes. Según el artículo 12.5 EBEP 2015, al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su

condición, el régimen general de los funcionarios de carrera. A todo esto, la STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-177/14, considera en principio al personal eventual como un trabajador con una relación laboral de duración determinada que no puede ser tratado sin justificación alguna de manera menos favorable que los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable, advirtiendo de que en aquellos supuestos en que los funcionarios de carrera y el personal eventual se hallen en una situación comparable no podrán diferenciarse sus condiciones de trabajo, con lo que si el personal eventual desempeña cometidos idénticos o análogos a los desempeñados por funcionarios de carrera, no podrán introducirse diferenciaciones que puedan considerarse objetivas por el hecho de que estén previstas en un acuerdo colectivo. Lógicamente, por eso el aspecto más importante consiste en las funciones que se han de desarrollar. Es decir, si el personal eventual realiza un trabajo idéntico o similar a los del personal permanente de nuestras entidades locales no podría ser excluido del ámbito subjetivo de la correspondiente norma colectiva. En todo caso, la contradicción reside en que si el personal eventual desempeña este tipo de funciones en la práctica resulta ser un falso empleado público que jamás debería haber sido designado para desempeñar funciones de carácter permanente en la organización administrativa, tareas que no pueden ser calificadas como de confianza o asesoramiento especial.

Nuestra doctrina judicial ha tenido ocasión de enfrentarse al deber de negociar las condiciones de trabajo del personal eventual como cuestión conflictiva. La posición de principio es clara: el personal eventual es una clase de empleado público que a tenor del artículo 15.b) EBEP 2015 tiene reconocido el derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de sus condiciones de trabajo, confirmando esta interpretación el artículo 13.4 EBEP 2015, que solo excluye de las materias objeto de negociación colectiva la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo⁴²⁴.

Cuestión distinta es que a menudo lo que es objeto de discusión es el incumplimiento del deber de negociación en la determinación del número de dotaciones de personal eventual, la configuración de los puestos de trabajo de dicho tipo de personal, su nombramiento, el carácter temporal o permanente de sus funciones o la necesidad de que las mismas sean desempeñadas por funcionarios, cuestiones todas ellas que nuestra doctrina judicial acaba encuadrando en la

⁴²⁴ Tal como se dice en las SSTS de 25 de abril de 2008, ROJ: STS 1687/2008; y de 23 de mayo de 2008, ROJ: STS 2642/2008.

potestad de organización, advirtiendo que dichas decisiones afectan más a la organización de los servicios que a las condiciones de trabajo del personal⁴²⁵.

De ahí es fácil dar un salto conceptual para pasar a afirmar que someter las condiciones de trabajo del personal eventual a la negociación colectiva es manifiestamente contrario a la propia naturaleza del mismo y, en el fondo, asimilar la no necesidad de negociación del personal eventual con funciones directa o indirectamente conectadas con la dirección pública, con la posterior exclusión de la negociación del personal directivo profesional prevista en el artículo 13.4 EBEP 2015, pero lo cierto es que nada autoriza a llegar a esta conclusión⁴²⁶.

Si las condiciones de trabajo del personal eventual han de ser objeto de negociación con independencia de su sistema de nombramiento o de que se considere que dicho personal desempeña funciones de confianza o asesoramiento especial, con más razón deberán negociarse las condiciones de trabajo de los empleados con una relación de duración determinada.

Al respecto, el artículo 8.2.b) EBEP 2015 incluye a los funcionarios interinos dentro del concepto y clases de empleados públicos, una incorporación que corre pareja de la prevista en la letra c) del mismo precepto para el personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal, con lo que les resulta de aplicación el artículo 15.b EBEP 2015 que les reconoce el

⁴²⁵ Un ejemplo típico de este tipo de conflictos puede verse en la STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2010, ROJ: STSJ M 19305/2010, donde se discute los cometidos asignados a un puesto de trabajo de personal eventual creado por la Universidad Autónoma de Madrid, definiéndose sus funciones como de dirección e impulso de las acciones a llevar a cabo en ejecución del Plan de Inversiones para el período 2007/2011.

⁴²⁶ La STS del País Vasco de 31 de enero de 2014, ROJ: STSJ PV 1643/2014, conoce de un supuesto en el que se alega que conforme a lo dispuesto en el artículo 12 EBEP, al personal eventual solo le es de aplicación el régimen legal de la función pública en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, de ello se concluye que su determinación y nombramiento son ajenos tanto a los principios de objetividad y neutralidad política como a los de igualdad, mérito y capacidad por los que se debe velar en la negociación colectiva, un razonamiento que se acaba contrastando con la jurisprudencia del Tribunal Supremo para afirmar que: “En este sentido, la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, viene a confirmar esta interpretación pues si bien el art. 13.4 excluye de las materias objeto de negociación colectiva la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo, no ocurre lo mismo con el personal eventual que, como integrante del concepto de empleado público, tiene entre los derechos que se ejercen colectivamente el de la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo (art. 15.b)”. En la misma dirección, la alegación contenida en la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 2014, ROJ: STSJ CLM 3021/2014, donde se afirma que el artículo 12 EBEP define el personal eventual como el que en virtud de nombramiento y con carácter no permanente solo realiza funciones expresamente clasificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo nombrado y cesado libremente por los órganos de gobierno de la Corporación, resultando obvio que el correspondiente Ayuntamiento no tenía obligación alguna de someter el nombramiento, modificación o creación de dichos puestos eventuales a negociación con las centrales sindicales, alegaciones que no son compartidas por la Sala, advirtiendo que el artículo 104.2 LRBR se sigue refiriendo a este tipo de personal como funcionarios, por lo que pese a la especificidad de su nombramiento y funciones no por ello pierden su naturaleza funcional y su derecho a la negociación de sus condiciones de empleo.

derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo⁴²⁷.

Puede decirse que es criterio jurisprudencial pacífico que el principio de igualdad resulta de aplicación a los resultados de la negociación colectiva, de forma que la temporalidad no justifica la exclusión de los trabajadores no permanentes del ámbito de aplicación de los convenios colectivos, ni la determinación en la norma pactada de condiciones de trabajo diferentes no acreditadas por razones objetivas que puedan justificar la diferencia de trato. Es más, la doctrina constitucional al afirmar el carácter normativo y la relevancia cuasi-pública que alcanza el convenio colectivo presupone que la norma negociada se incardina en el sistema de fuentes del Derecho, sometiéndose a las normas de mayor rango jerárquico, con lo que ha de someterse y ajustarse a los dictados de la Constitución, de la ley y los reglamentos, respetando en todo caso los principios y los derechos constitucionales y, en concreto, le está vedado el establecimiento de diferencias en el trato de los trabajadores, a menos que tales diferencias sean razonables, objetivas, equitativas y proporcionadas⁴²⁸.

Cuestión distinta es que el convenio, aunque ciertamente ha de respetar las exigencias indeclinables del derecho de igualdad y el principio de no discriminación, éstos pueden no tener aquí un sentido absoluto, pues en el ámbito de las relaciones privadas en que el convenio colectivo se incardina: los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad. De hecho, el principio de igualdad es un mandato dirigido a los poderes públicos, por lo que no impone al empresario la obligación de dar un trato idéntico a los distintos grupos de trabajadores. Por el contrario, el empresario está vinculado por la prohibición de discriminación, que es un aspecto cualificado del derecho a la igualdad que adquiere rango constitucional, impidiendo categóricamente las discriminaciones en el trabajo.

Sin embargo, cuando se sale del ámbito de las relaciones entre particulares y el empleador es la Administración pública, que en sus relaciones jurídicas no se rige precisamente por el principio de autonomía de la voluntad, sino que debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho (art. 103.1 CE), con interdicción expresa de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), la Administración como poder público que es, está sujeta al principio de igualdad ante la ley que

⁴²⁷ Tal como se dice en la STS de 30 de marzo de 2015, ROJ: STS 1299/2015, en la cual se nos recuerda que el artículo 31.2 EBEP, alude, en general, a los empleados de la Administración pública como sujetos destinatarios de la negociación colectiva mediante las organizaciones sindicales legalmente legitimadas para negociar.

⁴²⁸ SENRA BIEDMA, Rafael. Negociación colectiva y principio de igualdad, *ob.cit.*, p. 1-7.

constitucionalmente concede a las personas el derecho subjetivo de alcanzar de los poderes públicos un trato idéntico para supuestos iguales⁴²⁹.

A pesar de lo dicho hasta el momento, lo cierto es que siguen produciéndose en nuestro ordenamiento interno conflictos sobre situaciones particularmente distintas entre personal no permanente y permanente relacionados con la posible valoración de los períodos de servicios prestados como funcionario de carrera o como funcionario interino, con la asignación de complementos salariales que dependen de los servicios prestados, con acceso y las aportaciones a planes de pensiones o, ya en el período de emergencia provocado por las crisis económica, con la reducción proporcional de la jornada de trabajo y de las retribuciones del personal temporal al servicio de la Administración pública⁴³⁰.

Sin embargo, podemos admitir que en nuestra negociación colectiva no se producen con frecuencia exclusiones subjetivas fundamentadas en la no permanencia de la relación de empleo. Con todo, el problema se sitúa en un particular tipo de personal que se define como personal contratado de naturaleza temporal que presta servicios con cargo a subvenciones para la realización de programas públicos de formación y promoción de empleo y para realizar las acciones formativas de los distintos planes de formación e inserción profesional así como con el personal con contrato de naturaleza temporal que presta servicio en los talleres de empleo, incluyendo a los alumnos trabajadores de políticas activas de empleo⁴³¹.

⁴²⁹ Tal como se dice en la STS 161/1991, de 18 de julio.

⁴³⁰ Un análisis de estas cuestiones en ALDOMÁ BUIXADÉ, Josep. *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 2015, p. 71-103. En las conclusiones de dicho trabajo se resalta la posición formalista de los tribunales nacionales que acaba debilitando el principio de igualdad de trato que debería ofrecer a los funcionarios interinos y a los trabajadores temporales de la Administración una suficiente protección, protección que se ve debilitada cuando se acude a criterios formalistas, según los cuales, el derecho puede crear estructuras diferenciadas entre las distintas clases de personal y, como consecuencia, admitir que en función de su definición jurídica se justifica que el trato que se les dé sea distinto al de otras estructuras profesionales como pueden ser los funcionarios de carrera o el personal fijo de plantilla de la organización administrativa correspondiente.

⁴³¹ Tomamos esta definición del artículo 3 (Ámbito personal), del Acuerdo de 29 de diciembre de 2011, por el que se aprueba el Texto Refundido del Acuerdo sobre Condiciones de Trabajo Comunes al Personal Funcionario y Laboral del Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos para el período 2012-2015, BOAM, núm. 6587, 5 de enero de 2012. Otras definiciones pueden resultar menos sutiles pero igualmente excluyentes como se puede ver en el artículo 1 (Ámbito personal) Resolución de 5 de diciembre de 2014, por la que se dispone la inscripción y la publicación de l'Acord regulador de les condicions de treball del personal funcionari de l'Ajuntament de Terrassa per als anys 2012-2015, en el qual se dice lo siguiente: "Resta exclòs d'aquest instrument col·lectiu el personal que ocupi llocs de treball reservats a funcionaris/es amb habilitació de caràcter nacional; el personal eventual de confiança o assessorament especial; els Gerents, els Coordinadors d'Àrea i els Directors de Serveis (considerem aquests últims personal directiu i mentre no s'aprovi la seva reglamentació se li aplicarà amb caràcter subsidiari); el personal subjecte a plans i programes subvencionats i dels alumnes treballadors/es de les escoles tallers, tallers ocupacionals o cases d'ofici, i el personal amb convenis de pràctiques amb centres docents".

Sorprende la naturalidad con que se asumen estas excepciones en las normas convencionales propias de nuestro sector público cuando parece afirmarse una doctrina judicial que viene rechazando las exclusiones del ámbito de aplicación de los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de una entidad local por el simple hecho de que el contrato sea temporal o eventual y la prestación se desarrolle en el ámbito de un convenio de colaboración entre diferentes Administraciones públicas, acompañado de la correspondiente subvención, afirmando que a este tipo de personal se le debe aplicar las mismas condiciones de trabajo, incluidas las retributivas o salariales, que al resto del personal fijo o de plantilla⁴³².

Aun así, lo cierto es que en lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad al ámbito de la negociación específica de los colectivos citados los tribunales ordinarios continúan mostrando un cierto grado de confusión e incoherencia, sin que hayan construido una doctrina unívoca sobre esta materia. Así, por ejemplo, no faltan argumentaciones absolutamente formales que se limitan a constatar la existencia de una exclusión de los trabajadores eventuales de principio, afirmando que los trabajadores mencionados no se encuentran dentro del ámbito subjetivo del convenio, por lo que no se puede afirmar que sus condiciones de trabajo sean mejores, iguales o peores que las de los trabajadores a los que se aplica el acuerdo⁴³³. En ocasiones la argumentación cobra tintes más sustanciales, al entender que trabajadores seleccionados para el desarrollo de programas formativos en escuelas taller son excluidos del ámbito del convenio en razón, no de su temporalidad o antigüedad, sino del tipo y las circunstancias del contrato, con lo que hay que estar a las particularidades del mismo que presuponen una determinada retribución y el no acogimiento al convenio colectivo del personal laboral del respectivo ayuntamiento⁴³⁴.

⁴³² Tal como se dice en la STSJ de Galicia, Coruña, de 5 de junio de 2014, ROJ: STSJ GAL 4880/2014. Un rechazo que se extiende a formas más matizada de exclusión como la establecida en la disposición adicional única del IV convenio colectivo del personal laboral al servicio del Cabildo Insular de Gran Canaria, que se extiende a los trabajadores contratados en el ámbito de la colaboración entre Administraciones Públicas, en el marco de las políticas de empleo, para la realización de obras o servicios general con sustantividad propia dentro de las competencias y funciones permanentes de aquella corporación y que dispone la excepción de una serie de preceptos del convenio y lo que resulta más importante, la aplicación a este colectivo del 75% de la tabla salarial del convenio de referencia, una situación que se rechaza en la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 27 de enero de 2009, ROJ: STSJ ICAN 65/2009, por entender que dicha disposición al establecer un diverso tratamiento retributivo para trabajos de igual valor en función de la naturaleza temporal (en el ámbito de la colaboración con otras Administraciones públicas) de la contratación laboral mantenida por el cabildo Insular es nula por romper el principio de igualdad y ser discriminatoria.

⁴³³ STSJ de Extremadura de 9 de noviembre de 2009, ROJ: STSJ EXT 2246/2009.

⁴³⁴ STSJ de Galicia de 14 de mayo de 2013, ROJ: STSJ GAL 4372/2013, que defiende la validez y prioridad aplicativa del Acuerdo marco que regula las condiciones laborales de las contrataciones realizadas en el marco del Plan Municipal de Empleo sobre el Convenio colectivo de los empleados integrados en el Ayuntamiento de Vigo, señalando que el hecho que los contratos temporales celebrados al amparo de programas específicos de empleo se

Una exclusión que parece más pacífica es la referida a los alumnos trabajadores de las correspondientes acciones de formación y empleo. Dicha problemática suele centrarse en la exclusión de los alumnos trabajadores de los programas de escuela taller, casas de oficios y talleres de empleo. Sin embargo, aquí parece olvidarse que a menudo durante la segunda etapa del proyecto los alumnos trabajadores complementan su formación en alternancia con el trabajo y la práctica profesional, siendo contratados por las entidades promotoras, utilizando al efecto como modalidad más adecuada la del contrato para la formación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11.2 ET, siendo frecuente que las ordenes que convocan los programas citados remitan las condiciones retributivas a las fijadas en el respectivo convenio colectivo, por lo que no parece resultar procedente el establecimiento expreso de otra distinta. Cuestión distinta es que la equiparación normativa se hace en esta normativa exclusivamente en materia retributiva, por lo que implícitamente se considera procedente que el convenio del respectivo ayuntamiento pueda excluir expresamente la equivalencia referida a otras condiciones o mejoras distintas⁴³⁵.

La cuestión de la posible excepción de los funcionarios jubilados del ámbito de los acuerdos colectivos ha tenido hasta el momento poco recorrido en el sistema de empleo público. De hecho, algunos acuerdos colectivos han previsto la incorporación expresa del personal jubilado de la respectiva corporación local con unos efectos limitados relativos al capítulo de acción social⁴³⁶. Dicha incorporación se ha discutido por entender esencialmente que la jubilación total conlleva la pérdida de la condición de funcionario, tal como establece el artículo 63 EBEP 2015. Lógicamente si se pierde la condición de empleado público, se pierden también los derechos de representación y negociación colectiva previstos en el artículo 15 EBEP 2015. Sin embargo, la jurisprudencia existente hasta la fecha entiende que la posibilidad de incluir entre las materias convencionales cuestiones referidas a los funcionarios jubilados puede ser admitida en base al artículo 37.1.g) EBEP 2015, ya que se permite la negociación sobre criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas. A este planteamiento

rijan por las cláusulas de su contratación y por un acuerdo específico fruto de la negociación entre las partes legitimadas no supone una vulneración del principio constitucional de igualdad.

⁴³⁵ Tal como se advierte en la STS de Andalucía, Sevilla, de 28 de noviembre de 2013, ROJ: STSJ AND 11315/2013.

⁴³⁶ El artículo 3.4 (Ámbito personal), del Acuerdo de 29 de diciembre de 2011, por el que se aprueba el Texto Refundido del Acuerdo sobre Condiciones de Trabajo Comunes al Personal Funcionario y Laboral del Ayuntamiento de Madrid y de sus Organismos Autónomos para el período 2012-2015, BOAM, núm. 6587, 5 de enero de 2012, nos dirá que: “Al personal jubilado le resultará de aplicación el Capítulo relativo a Acción Social cuando así se especifique expresamente y en los supuestos, términos y condiciones establecidos en el mismo. El mencionado Capítulo será también aplicable, cuando así se determine expresamente a los pensionistas, en los términos especificados en el mismo”. El denominado “Acuerdo laboral para el personal funcionario al servicio del Excmo. Ayuntamiento de Valencia, para los años 2012-2015” (ejemplar fotocopiado), contiene un artículo 2, relativo a su ámbito personal, que se cierra con el párrafo siguiente: “Al personal jubilado total y pensionista le será de aplicación el artículo referente a las ayudas por sepelio o incineración”.

debe sumarse la posibilidad reconocida por el artículo 1257 del Código Civil, de que los contratos pueden incluir estipulaciones a favor de terceros, lo que parece demostrar que no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que el contenido de un marco de regulación que figure en un instrumento que haya sido negociado pueda ser extendido a personas distintas de las que intervinieron como interlocutores o partes directas de la negociación⁴³⁷.

⁴³⁷ El razonamiento expuesto se contiene en la STS de 20 de diciembre de 2013, ROJ: STS 6508/2013, que cuentan con un voto particular donde se sostiene que del hecho que la ley prevea como objeto de negociación la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios jubilados solo puede deducirse que se trate de las condiciones de jubilación de quienes están en activo como funcionarios, pero no de las condiciones de los ya jubilados, a quienes no representan las correspondientes organizaciones sindicales y cuya situación se ha de regir por la normativa de derechos pasivos general para todos los funcionarios jubilados. El mismo voto entiende que no resulta de aplicación al supuesto planteado el alegado artículo 1257 del Código Civil en cuanto admite que los contratos incluyan estipulaciones a favor de terceros pero en base al particular y propio patrimonio de las partes contratantes, cuando en el caso de las negociaciones de los funcionarios con la Administración se dispone a favor de terceros del dinero del público, con lo que los términos de la comparación propuesta no resultan posibles.

PARTE TERCERA

LAS MATERIAS OBJETO DE LA NEGOCIACIÓN:

**CONDICIONES DE TRABAJO Y RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL
FUNCIONARIO**

1. La determinación del objeto de negociación

El reconocimiento del derecho a la negociación colectiva en la función pública implica que los acuerdos colectivos han de desempeñar un papel central en el establecimiento de las reglas que han de configurar el estatuto concreto de los funcionarios. Esa función institucional supone la atribución de un ámbito material de incidencia a la norma colectiva que, como contrapartida, requiere definir o marcar los espacios de intersección con otros posibles poderes normativos, organizativos o directivos. Debe precisarse que con la palabra espacio, o si se quiere ámbito, nos estamos refiriendo al establecimiento de un reparto de materias más o menos nítido que se distribuyen en función de un sistema de listas separadas, que en una primera aproximación no parece evitar la coincidencia, el solapamiento o la agregación de determinados poderes sobre una serie de contenidos que han de ser objeto de regulación o de ordenación.

Por ello, cualquier reflexión sobre el ámbito objeto de negociación o sobre el ámbito excluido de la negociación en el sistema del estatuto de los funcionarios ha de tener en cuenta una serie de consideraciones previas:

a) Las materias que han de ser objeto de una posible negociación se delimitan en el artículo 37 EBEP 2015 a través de un sistema de doble lista. Una lista positiva, que señala las que se han de negociar preceptivamente, y una lista negativa, en la que se contienen las que quedan excluidas de la obligación de negociar. La lista que contiene las materias que han de ser objeto de negociación las establece de una manera concreta por ámbitos, funciones y tipos de intervención, utilizando una serie de conceptos jurídico-normativos de los que no se puede prescindir sin disolver sentido el específico de los mismos y con él la propia función del precepto en cuestión.

b) El objeto de la negociación es determinar las condiciones concretas de trabajo propias de los funcionarios de una determinada Administración pública. Tal como nos dice el artículo 31.2 EBEP 2015, por negociación colectiva se entiende el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados de una Administración pública. Por tanto, lo que se negocia son las condiciones de trabajo y no el entero régimen jurídico de la función pública que sigue siendo de fundamentación y base legal. Con todo nada impide que el concepto condiciones de trabajo pueda extenderse hacia otras materias como puede ser la política de empleo o la acción social.

c) La negociación es por naturaleza colectiva, es decir, referida en principio a todos los funcionarios incluidos en una determinada unidad de negociación y no a una situación jurídica

individual o grupal de carácter concreto. El acuerdo colectivo no es un medio de intervención directa en la gestión del personal de una determinada Administración pública; el acuerdo colectivo es por antonomasia un instrumento de regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios dependientes de un concreto sistema de función pública.

1.1. Sistema de lista versus cláusula general

Se ha dicho que los convenios colectivos pueden regular un amplio abanico de temas en base a un principio general de libertad de contenidos, con fundamento en el artículo 37.1 CE, pero que tiene su mejor plasmación en el artículo 82.2 ET, donde se advierte que: “Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad”, y en el artículo 85.1 ET, en el que se señala expresamente que: “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y de sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales”⁴³⁸. Obviamente, la libertad de contenidos no es, en todo caso, absoluta, sino que está sometida a ciertos límites como pueden ser la Constitución y la ley, pero ello no es óbice para que pueda afirmarse un amplio reconocimiento de la libertad de contenidos negociales propio del ámbito laboral.

De hecho, en el sistema de función pública se había combinado un sistema de lista con incorporación de cláusulas finales de apertura muy similares a las existentes en el ámbito privado⁴³⁹. Así, el antiguo artículo 32 LORAP cerraba la lista de materias objeto de negociación con una letra k) con el siguiente contenido: “Las materias de índole económico, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la

⁴³⁸ CAMPS RUIZ, Luis M. El contenido normativo de los convenios colectivos, *ob.cit.*, p. 57-58.

⁴³⁹ De los distintos sistemas existentes para establecer las materias que deben ser objeto de negociación –cláusula general, lista enumerativa cerrada, lista enumerativa abierta- la LORAP optó por un sistema mixto, procediendo a una enumeración expresa de materias que han de ser objeto de negociación que termina en una cláusula general, tal como se señala en DEL REY GUANTER, Salvador. Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, *ob.cit.*, p. 198. La existencia de esta cláusula general permitía a la doctrina de la época afirmar que el contenido material del artículo 32 LORAP, que regulaba las materias objeto de negociación, obedecía a una lógica similar a la del artículo 85.1 ET, tal como se hacía en GÓMEZ CABALLERO, Pedro. Los derechos colectivos de los funcionarios, *ob.cit.*, p. 306.

Administración”, un redactado en el que se reconoce una evidente paralelismo con el artículo 85.1 ET⁴⁴⁰.

Pues bien, dicha cláusula de apertura general ha sido eliminada del artículo 37 EBEP 2015, que contiene ahora una lista de materias relativamente cerradas para delimitar el ámbito de la negociación y una lista de materias que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación⁴⁴¹. Cuestión distinta es que algunos de los ámbitos excluidos del deber de negociar puedan acabar constituyéndose en títulos adecuados para forzar una negociación más general, tal como sucede con las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, materia excluida de trato convencional, pero cuyas repercusiones sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios han de ser objeto de negociación con las organizaciones sindicales a tenor del segundo párrafo del artículo 37.2.a) EBEP 2015.

Por otra parte, podemos afirmar que el listado de materias que pueden ser objeto de negociación se caracteriza por su falta de sistematicidad y precisión⁴⁴². Lo cierto es que resulta difícil encontrar una lógica vertebradora de las materias que han de ser objeto de una obligada negociación. En contraposición con este modelo se ha venido advirtiendo de que el contenido material posible del convenio colectivo laboral puede determinarse atendiendo a la negociación de las condiciones de trabajo que afecten a las relaciones individuales, a las que afecten a las relaciones colectivas y las relativas al tratamiento económico de la empresa, recordándose también que aunque el sistema de prestaciones de la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, se admite la negociación de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Pues bien, lo cierto es que el precepto dedicado a las materias que han de ser objeto de negociación incluye contenidos típicos de la relación de servicio con otros de carácter evidentemente orgánico, con lo que difícilmente puede encontrarse una correspondencia entre ámbitos incluidos en la negociación y ámbitos excluidos en la clásica distinción entre relación

⁴⁴⁰ Dicha cláusula había sido considerada como un cláusula de cierre de la serie de apartados anteriores, que en la práctica los contenía o resumía a todos y permitía la negociación colectiva de cualquier actuación administrativa que afectará a las condiciones de trabajo de los funcionarios, como se dice en la STS de 6 de julio de 2011, ROJ: STS 4933/2011.

⁴⁴¹ La letra k) sigue conteniendo un mandato de negociación de las materias que “afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija normas con rango de ley”, la generalidad de la cláusula se amortigua con el tipo de instrumento normativo que ha de ser objeto de utilización y no tiene ningún efecto en aquellas Administraciones que carecen de potestad legislativa.

⁴⁴² ESTÉVEZ GÓMEZ, Carmen. “El ámbito objetivo de la negociación colectiva en las Administraciones públicas”. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coordinador General). *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Madrid: Ediciones Cinca, 2010, p. 78.

de servicio y relación orgánica, estrechamente relacionada esta última con las potestad organizadora⁴⁴³. Así, por ejemplo, resulta discutible que los sistemas de planificación, ordenación y carrera de los recursos humanos de la Administración hayan de ser objeto de negociación cuando parece excluirse de la misma las decisiones que afecten a las potestades de organización, con independencia de las consecuencias que dichas acciones puedan tener sobre las condiciones de trabajo que habrán de ser objeto de negociación. De igual manera, resulta relevante la diferenciación existente entre negociación de planes de previsión social complementaria y determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, lo que viene a significar que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito privado y sin ningún tipo de justificación, las prestaciones públicas del sistema de seguridad social de los funcionarios han de ser objeto de negociación. Por último, no estará de más señalar la existencia de un auténtico cajón de sastre contenido en la letra m) del artículo 37.1 EBEP, donde se declara la obligación de negociar lo referido a calendario laboral; horario; jornadas; vacaciones; permisos y movilidad funcional y geográfica. Correlativamente, la letra d) del artículo 37.2 EBEP, excluye de la necesidad de negociación los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. Sin embargo, en el ámbito privado tradicionalmente se ha considerado la elaboración del calendario de trabajo como una potestad-deber del empresario en base al artículo 34.6 ET, donde se señala que: “Anualmente se elaborará por la empresa el calendario laboral, debiendo exponerse un ejemplar del mismo en lugar visible”, una previsión legal que se completa con la disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, que con relación al calendario laboral atribuye a los representantes de los trabajadores el derecho de consulta e informe antes de su aprobación, pero no el de negociación. En la misma dirección, hay que dejar constancia de la delicada coincidencia existente entre la letra c) del artículo 37.1 EBEP 2015, relativa al deber de negociación de “las normas que fijen criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión”, y la letra e) del artículo 37.2 EBEP 2015, relativo a las materias excluidas de la negociación, que exonera de trato convencional a “La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional”. En el capítulo de las repeticiones, una de ellas resulta de una evidencia palmaria. Así, la letra c) del artículo 37.1 EBEP 2015 determina como materia objeto de negociación los “planes e instrumentos de planificación de recursos

⁴⁴³ El planteamiento en RIVERO LAMAS, Juan; DE VAL TENA, Ángel Luis. “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”. En MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dirección y coordinación). *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de Abril de 2008*. Granada: Comares, 2008, p. 373.

humanos”, mientras que la letra m) del mismo artículo contempla como ámbito convencional “la planificación estratégica de los recursos humanos en aquellos aspectos que afecten a las condiciones de trabajo”.

Para terminar este apartado queremos recordar un aspecto esencial de lo que ya llevamos expuesto: el listado del artículo 37.1 EBEP 2015 no presupone una habilitación competencial para negociar. Dicha lista de materias se refiere al conjunto de Administraciones sin especificación concreta de las competencias que se ostentan en materia de personal. De ahí que deba recordarse que la capacidad negocial de una Administración de un determinado nivel territorial dependerá siempre de las competencias que dicha Administración ostente en materia de personal y del alcance con que legalmente proceda la negociación en cada caso, negociación que deberá realizarse siempre en el ámbito respectivo, es decir, en la mesa de negociación predeterminada por la ley que regula el estatuto de los funcionarios.

1.2. Materias y funciones en el artículo 37.1 EBEP 2015

Queremos señalar la importancia que a nuestro entender tiene una correcta delimitación de las materias sobre las que se proyecta el deber de negociar. Baste por el momento con advertir de que, por ejemplo, esta delimitación ofrecería a los responsables de las distintas Administraciones una importante ayuda a la hora de resolver la siempre difícil cuestión de precisar el procedimiento que utilizar para actuar sus competencias en materia de personal evitando problemas respecto a la calificación o no de una materia como objeto de negociación. A la vez la fijación, al menos en línea de principio, de las materias que han de ser necesariamente negociadas garantizaría a las organizaciones sindicales una reducción del margen de discrecionalidad y oportunidad de las Administraciones en este campo, sobre todo en etapas de manifiesta debilidad, asegurando la existencia estable de un ámbito material propio de necesaria intervención. Con todo, a nuestro parecer, la necesidad de una más exacta delimitación del objeto de la negociación deriva de la propia actividad jurisdiccional. No cabe duda de que cuanto más clara y explícita sea la delimitación de las materias objeto de negociación mayor será la previsibilidad y la continuidad de la doctrina judicial, mayor será también la posibilidad de prever el resultado de una determinada conducta y menor será la

improvisación y, en definitiva, la falta de seguridad en la que demasiado a menudo se mueve el sistema de relaciones laborales de las Administraciones públicas⁴⁴⁴.

Pensamos también que una delimitación más precisa de los ámbitos materiales de la negociación es una tarea posible y acorde con el ordenamiento jurídico. Somos conscientes de que una parte mayoritaria de nuestra doctrina, fundamentalmente la procedente del Derecho Laboral, niega la utilidad de dicha delimitación, banaliza su resultado o, sencillamente, ignora la existencia misma de una concreta operación de distribución legal de procedimientos de intervención sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, afirmando que todo se puede negociar o que el ámbito de la negociación es muy amplio y similar al del sector privado, por lo que no resulta preciso detenerse en esta configuración funcional y material.

Ciertamente puede afirmarse la inutilidad o la inadecuación de un sistema de listas cerradas de materias respecto a una institución que, como la negociación colectiva, está en continuo cambio y en permanente proceso de evolución⁴⁴⁵, pero tampoco puede desconocerse la influencia que el legislador tiene sobre el contenido de la negociación identificando las materias que se consideran de obligado tratamiento por los negociadores o configurando un contenido excluido de disposición por los acuerdos colectivos⁴⁴⁶.

Lo cierto es que el sistema de lista y la determinación de sus contenidos en términos precisos que realiza el EBEP, presuponen una operación de delimitación material y formal que, con independencia de sus resultados, intenta ofrecer de una forma más o menos eficiente una visión de complitud, una idea entera de los contenidos posibles de la negociación y de sus ámbitos excluidos, con consecuencias nada desdeñables en el momento de la interpretación y la aplicación. Por ello resulta sorprendente que en nuestra doctrina laboral se hayan instalado posiciones que niegan la funcionalidad última del listado de materias susceptibles de negociación, afirmado su amplitud y su posible extensión hasta la identificación con la cláusula

⁴⁴⁴ La STS de 30 de marzo de 2015, ROJ: STS 1299/2015, se hace eco de esta situación al afirmar que: “no es fácil deslindar las potestades y funciones atinentes a las autoridades y órganos administrativos de aquéllas que afectan a las condiciones de trabajo del personal a su servicio, dada la interacción o influencia recíproca entre unas y otras. De ahí los conflictos que suscita la extensión, y aun la definición misma, de las materias que pueden ser objeto de negociación y de las que no pueden serlo por corresponder a la esfera de las potestades de organización, dirección y control de la Administración, o que deben ser objeto de decisiones unilaterales para la salvaguardia de los derechos constitucionales y de los usuarios de los servicios públicos”.

⁴⁴⁵ En esta dirección DEL REY GUANTER, Salvador. Comentarios a la Ley de Órganos, *ob.cit.*, p.198.

⁴⁴⁶ Posiblemente, el dirigismo legal y la imposición de resultados queridos por el legislador, con el consiguiente sacrificio de la libertad de negociación, sea una de las tendencias actuales en relación con el contenido de la negociación colectiva; en esta dirección, VICENTE PALACIO, Arántzazu. “Evolución y tendencias en el contenido de la negociación colectiva”. *XXV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. León: 2015, p. 3-17.

abierta del artículo 85.1 ET, o que vacían de contenido la prohibición de negociar las materias que la ley consideran excluidas de su determinación a través de un procedimiento convencional.

De hecho, la tesis de la posible extensión de la lista del artículo 37.1 EBEP 2015 goza de gran predicamento, hasta el punto de que se llega a afirmar que la misma pudiera cuestionar el carácter de lista cerrada que adopta dicho precepto⁴⁴⁷, advirtiéndose también de que el contenido del artículo 37.1 EBEP 2015 es suficientemente amplio y genérico como para incluir casi todas las posibles condiciones que influyen en las condiciones de trabajo de los funcionarios con la única excepción de las expresamente excluidas⁴⁴⁸, es decir, con capacidad para abarcar la gran mayoría de ámbitos relevantes para determinar las condiciones de empleo y de trabajo de los funcionarios⁴⁴⁹, de manera que en la práctica “se puede negociar casi todo”⁴⁵⁰, hasta el punto de que la diferencia entre el contenido del artículo 37.1 EBEP 2015 y el artículo 85.1 ET es “meramente formal”⁴⁵¹.

La otra vía de banalización de la determinación legislativa de las materias que se han de considerar incluidas en el proceso de negociación pasa por la relativización de la prohibición de negociar que contiene el artículo 37.2 EBEP 2015. Dicho párrafo previene que “Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación” una serie de contenidos materiales, de aquí se deduce que el precepto en cuestión no presupone un verdadero impedimento para la negociación sino una simple exoneración de la obligación de negociar que permitiría abordar convencionalmente los ámbitos exceptuados siempre que Administración así lo quisiera. De esta manera las materias excluidas de la negociación se acaban transformando en materias de negociación potestativa⁴⁵².

⁴⁴⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, María José. “derechos colectivos de los empleados públicos”. En CASTILLO BLANCO, Federico A. (Director); QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (Coordinador). *Manual de Empleo Público*. Madrid: IUSTEL, 2009, p. 614.

⁴⁴⁸ ALFONSO MELLADO, Carlos L. Los derechos colectivos de los empleados públicos, *ob.cit.*, p. 50.

⁴⁴⁹ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La vertiente convencional del EBEP: el nuevo régimen de la negociación colectiva en el empleo público”. En AA.VV. *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2007, p. 115.

⁴⁵⁰ La expresión referida a la negociación conjunta en FABREGAT MONFORT, Gemma. Introducción al derecho laboral en el empleo público, *ob.cit.*, p. 210.

⁴⁵¹ GARCÍA PÉREZ, Mercedes. El contenido de la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 70.

⁴⁵² LINDE PANIAGUA, E. “Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público. En LINDE PANIAGUA, E. (Director). *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*. Madrid: Colex S.A., 2008, p. 37; manteniendo que la expresión “excluidas de la obligatoriedad de la negociación”, induce a confusión, en el sentido que parece dar a entender que no es obligatorio pero que se podría negociar. GARCÍA PÉREZ, Mercedes, El contenido de la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 79. Dicho planteamiento tiene su origen en la doctrina anterior referida a la LORAP, tal como se puede ver en GOMEZ CABALLERO, Pedro, Los derechos colectivos de los funcionarios, *ob.cit.*, p. 306; ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 325; BENGOTXEA ALKORTA, Aitor. Negociación colectiva y autonomía colectiva, *op.cit.*, p. 132. A tener en

Abordemos con mayor detenimiento estas cuestiones. Como queda dicho, una parte mayoritaria de nuestra doctrina niega la posibilidad y la utilidad de delimitar las materias que han de ser objeto de negociación. A partir de esta premisa se plantea una conclusión única: en la práctica, todo es susceptible de negociación si existe voluntad administrativa. Pues bien, a nuestro entender la premisa de la que parte el planteamiento anterior es incorrecta y, por tanto, también lo es la consecuencia que de ella pretende extraerse. Para nosotros, una delimitación del alcance de las distintas materias que han de ser objeto de negociación es tendencialmente posible, de la misma manera que lo es la precisión de las materias que han de quedar excluidas del proceso convencional. Cuando decimos que es tendencialmente posible utilizamos la expresión para poner de manifiesto que podemos caer en la tentación de presumir que el sistema de materias establecido por nuestro legislador constituye una verdadera clasificación en el sentido estricto del término. Es más, no creemos que pudiera darse a esta clasificación un carácter de orden material, configurando de modo general y definitivo todas las materias que han de ser objeto de negociación con carácter cerrado y exhaustivo. De hecho, pensamos que en última instancia la delimitación precisa de materias negociables habrá que deducirla en cada momento trabajosamente de las normas concretas que conformarán el estatuto de los funcionarios. Pero también creemos que la doble lista del artículo 34 EBEP 2015 proporciona una esquema director del repertorio de materias objeto de la negociación, o si se quiere una lógica, un sistema, una forma de interpretación y aplicación que permite contar con verdaderos conceptos ordenadores para la distribución de los diferentes títulos de intervención propios de los poderes políticos y sociales en la elaboración de las normas sobre función pública, y, sobre todo, a nuestro parecer, la tarea de identificación de dichos conceptos aunque nunca llegue a ser perfecta y acabada puede ayudar a resolver los constantes conflictos materiales que se producen

cuenta la línea doctrinal que rechaza expresamente esta opción, así OJEDA AVILÉS, Antonio. La negociación colectiva en el sector público, *ob.cit.*, p. 540, desestima expresamente esta posibilidad aduciendo que las Administraciones están sujetas a la ley, y negociar sobre esas materias sería contradecir la división marcada por la misma ley; en esta dirección ALFONSO MELLADO, Carlos L. Los derechos colectivos de los empleados, *ob.cit.*, p. 52, sobre el listado de materias excluidas advierte que en unos casos el propio EBEP impide su negociación en otros preceptos, como, por ejemplo, en relación con las condiciones de empleo del personal directivo, y en otros porque la propia índole de la materia evidencia que la misma no es negociable en cuanto está regulada en normas absolutamente imperativas o que afectan a terceros, como por ejemplo las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos y de los usuarios. No estará de más advertir que la posición que criticamos parecer encontrar algún eco en la doctrina del Tribunal Supremo. Así, la STS de 27 de mayo de 2009, RJ/2009/6385, donde se advierte de que: “si bien es cierto que en una interpretación más precisa del art. 34 de la citada Ley 9/1987, en el caso que ahora se resuelve, por los matices organizatorios que se desprenden del contenido de la Instrucción cuestionada, tal como sostiene la representación estatal, resultaba más adecuada la simple consulta con las Organizaciones Sindicales más representativas, que la negociación que había sido el camino seguido por la Administración, de esa actividad que venía a suponer un exceso en el cumplimiento de los deberes legales que al respecto incumbían a aquella, no hay por qué extraer consecuencias perjudiciales para las organizaciones sindicales con potenciales derechos a la negociación, o audiencia, pues simplemente mejoraba sus facultades y derechos sindicales”.

porque una actividad concreta no resulta explícitamente recogida en ninguna de las listas o porque se trata de un ámbito que en principio puede incluirse tanto entre las materias objeto de negociación como en la conceptualización de las materias excluidas de la misma.

Lógicamente, si se quiere contar con conceptos ordenadores del objeto de la negociación, dichos conceptos deben tener un significado mínimamente definido porque su función solo se cumple con una cierta precisión que los haga jurídicamente operativos. Para que esta tarea sea posible hay que empezar separando los conceptos de materia y de función recurriendo para ello al depósito de instrumentos y técnicas que han elaborado los trabajos que se han dedicado a la delimitación de competencias en nuestro sistema de autonomías territoriales⁴⁵³.

La noción de materia la utiliza el artículo 37 2015 EBEP que viene encabezado por el significativo título de “Materias objeto de negociación”. A partir de aquí el problema estriba pues en saber que es una materia. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión advierte que en algunos casos se designa la materia por referencia a un bien u objeto físico concreto, en otros se alude a instituciones o entidades, a disciplinas jurídicas, a institutos jurídicos o a actividades definidas de modo directivo o finalista. En nuestro caso la materia es igual a una institución jurídica o a diversas instituciones jurídicas relativas al empleo público. El concepto de función hay que remitirlo a la legislativa y ejecutiva pudiendo distinguirse dentro de estas actividades más concretas como pueden ser bases, ordenación, coordinación, planificación, promoción, etc., o incluso parcelas de las mismas, como puede ser una determinada fase de un procedimiento simple o complejo de actuación de una de las funciones descritas. Por tanto, para conocer el contenido de una posible intervención en una materia no hay que contar solo con el título material, sino que es preciso recurrir a la función que puede ejercerse sobre la misma y a su medida⁴⁵⁴. En todo caso lo que para nosotros resulta de interés es averiguar si la determinación de ámbitos negociales tiene o no un carácter coherente y cuáles son los criterios definidores de las materias y de los títulos de intervención.

⁴⁵³ Básicamente seguimos en estas líneas los caminos abiertos en su día por las aportaciones de SALAS, Javier. “Los poderes normativos de la Generalitat de Catalunya”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. Nº 205, 1980, p. 9-60; BLASCO ESTEVE, Avelino. “Sobre el concepto de competencias exclusivas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 29, 1981, p. 307-317; VIVER I PI-SUNYER, Carles. *Materias competenciales y tribunal constitucional*. Barcelona: Ariel, 1989; MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho público de las comunidades autónomas (I)*. Madrid: IUSTEL, 2007.

⁴⁵⁴ Con toda propiedad, la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 17 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ ICAN 4585/2013, referida al artículo 37 EBEP, dirá que: “este precepto presenta importantes dificultades en su interpretación y aplicación. El apartado 1 enumera una serie de “materias” de obligada negociación colectiva. Habría que precisar que, en algunos casos, establece temas o materias y en otros títulos de intervención sobre determinadas materias (“normas”, “criterios generales”, “propuestas”).”

En este punto resulta conveniente señalar la existencia de una serie de actividades que pueden proyectarse sobre las materias objeto de negociación pero que no producen afectaciones o efectos jurídicos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. Se trata de intervenciones que se escapan al esquema funcional típico de la actividad administrativa y que por ello son difícilmente clasificables en el repertorio de las materias objeto de negociación. Aquí hay que contar con los actos programáticos o políticos de los órganos de gobierno, con los llamados actos internos, de los que sin duda forman parte las circulares, las instrucciones y las órdenes de servicio propias del poder jerárquico, y con los actos materiales o técnicos de carácter instrumental, considerados preparatorios o ejecutorios de una determinada decisión administrativa. Por otra parte, la mera existencia de estos tipos y su posible incidencia en las condiciones de trabajo presupone un reconocimiento implícito de que los modelos de distribución por listas no pueden considerarse en sí mismos como definidos y acabados en todas sus notas típicas, sino que a menudo sus confines nos dejan de ser genéricos y, por lo tanto, irremediabilmente imprecisos en un momento aplicativo.

Dicho esto, podemos empezar agrupando los institutos jurídicos propios de las materias objeto de negociación en los siguientes grupos:

a) Los que hacen referencia a los derechos retributivos de los funcionarios. Aquí habría que incluir la letra a) y b) del artículo 37.1 EBEP 2015 referidos a la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones y a la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios, cuyas referencias se pueden localizar en el título III, capítulo III EBEP 2015, relativo a los derechos retributivos.

b) Las que hacen referencia al derecho a la carrera profesional, a la promoción interna y a la evaluación del desempeño. Epígrafe en el que podemos incluir una de las dicciones referidas en la letra c) del artículo 37.1 EBEP 2015 (carrera), la letra d) del mismo precepto referida a la materia evaluación del desempeño, la letra f) que incluye los planes y fondos para la formación y la promoción interna, cuyas referencias se contienen en el título III, capítulo II EBEP 2015, que trata del derecho a la carrera profesional y a la promoción interna incluyendo la evaluación del desempeño.

c) Las que hacen referencia a los derechos colectivos de los funcionarios. Derechos que cuentan con la única y parcial remisión de la letra h) que contiene un única y críptica mención a los derechos sindicales y de participación, derechos que en principio se limitan en el EBEP a las

menciones del título III, capítulo IV del EBEP 2015, sobre el derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional, y al derecho de reunión.

d) Las que hacen referencia al tiempo de trabajo. Aquí se incluyen las llamadas de la letra m) del artículo 37.1 EBEP 2015, relativas a la negociación del calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones y permisos, que se remiten a lo contenido en el título III, capítulo V del EBEP 2015, encabezado con el rótulo del derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones.

e) Las que hacen referencia al acceso al empleo público. Donde hay que incluir la limitada cita a la negociación del acceso que se contiene en la letra c) del artículo 37.1 EBEP 2015, cuya remisión hay que hacer al extenso título IV 2015, relativo a la adquisición y pérdida de la relación del servicio.

f) Las que hacen referencia a la ordenación de la actividad profesional. Entre dichas referencias hay que citar las contenidas en la letra c) del artículo 37.1 EBEP 2015 que incluye las materias provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo y los planes y instrumentos de planificación de recursos humanos, ámbito que hay que completar con las menciones del artículo m) del mismo precepto relativas a movilidad funcional y geográfica y a la planificación estratégica de los recursos humanos.

g) Las que hacen referencia a la acción social. Capítulo en el que hay que incluir la letra e), del artículo 37.1 EBEP 2015 donde se mencionan los planes de previsión social complementaria, la letra g), que incluye las prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas, y la letra i), que incorpora la acción social de la Administración.

h) Las establecidas en la normativa de prevención de riesgos laborales, tal como se nos recuerda en la letra j) del artículo 37.1 2015 EBEP.

Se trata de ocho ámbitos materiales que de manera resumida se pueden enunciar de la siguiente forma: retribuciones, carrera y promoción, derechos colectivos, tiempo de trabajo, acceso, ordenación de la actividad profesional, acción social y prevención de riesgos laborales.

Un modelo ciertamente clásico del contenido del derecho de negociación que en sus líneas generales viene a coincidir con las materias incluidas en el eventual contenido de la negociación que recogía la redacción original del articulado de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET⁴⁵⁵.

Un modelo que no recoge aspectos sustanciales del contenido objetivo del EBEP que tienen un indudable interés. Así, por ejemplo, la relación de materias objeto de la negociación no incluye ámbitos materiales propios del sistema de función pública con contenido regulatorio en el ordenamiento jurídico actual, como pueden ser los siguientes:

a) Las clases de personal al servicio de las Administraciones públicas. Una regulación propia del título II del EBEP 2015, donde se ordena una materia de un indudable interés profesional como pueden ser los trazos definitorios del personal no permanente propio de las instituciones públicas.

b) Los deberes y las responsabilidades de los funcionarios públicos. Aquí no estará de más advertir de que entre las materias objeto de negociación no se contemplan los deberes propios de los funcionarios y su código de conducta, descritos en el título III, capítulo VI, del EBEP 2015; pero tampoco se incluye el régimen disciplinario contenido en el título VII del mismo EBEP 2015, y el régimen de incompatibilidades contemplado en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

c) La pérdida de la condición de funcionario público. El título IV EBEP 2015 se refiere a la adquisición y pérdida de la relación de servicio y así como resulta posible negociar sobre la materia acceso al empleo público que conforma el capítulo I de este título no sucede lo mismo con los preceptos del capítulo II del mismo relativos a la pérdida de la relación de servicio.

d) Las estructuras profesionales propias de los funcionarios. Dentro de los preceptos dedicados a la ordenación de la actividad profesional en el título V EBEP 2015, existe un amplio contenido abierto al proceso de negociación como puede ser la planificación de recursos humanos, la ordenación de puestos, la provisión de puestos y la movilidad, pero dichas materias no incluyen lo relativo a la clasificación profesional de los funcionarios de carrera o al sistema de cuerpos y escalas que, en principio, queda al margen del proceso de negociación en base a su reserva legal.

⁴⁵⁵ Al respecto, VICENTE PALACIO, Arántzazu, Evolución y tendencias en el contenido de la negociación, *ob.cit.*, p.3-4, ello quiere decir que en su última revisión el modelo de negociación colectiva propio de los funcionarios no se habría visto afectado por los cambios introducidos en el sistema de negociación colectiva laboral que han pretendido adaptar la negociación a la adecuación flexible de la gestión de recursos humanos en las organizaciones privadas.

e) Las situaciones administrativas de los funcionarios. De hecho, el título VI EBEP 2015, se refiere al sistema de posiciones administrativas de los funcionarios de carrera, sistema que no aparece incluido entre las materias objeto de negociación.

Parece pues que existe un ámbito que el artículo 37.1 EBEP 2015 no ha contemplado como materia de una hipotética negociación, espacio que adquiere una cierta consistencia al incluir los aspectos siguientes: las clases y las estructuras profesionales de los funcionarios, el sistema de deberes y responsabilidades, las situaciones administrativas y la pérdida de la condición de funcionario.

En cuanto a lo que hace referencia a la determinación concreta del ámbito funcional de la negociación, el artículo 37.1 EBEP 2015 utiliza las expresiones siguientes:

a) La “aplicación” o la “determinación y aplicación”, referidas, la primera en la letra a) al “incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas”, y la segunda, en la letra b) a “las retribuciones complementarias de los funcionarios”.

b) “Las normas que fijen criterios generales” o “Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales” para referirse a las materias de la letra c), concretamente “acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos y planes e instrumentos de planificación”, y a la de la letra d), definida como “evaluación del desempeño”. Nótese en este caso concreto que algunas de las materias así definidas resultan ser en sí mismas una actividad, como puede ser la planificación, o una determinada fase de un procedimiento más complejo que se habrá de utilizar para ordenar los puestos de trabajo, tal como ocurre con las operaciones de clasificación de puestos.

c) Una mención específica merece la letra j), que desplaza el objeto de la negociación a lo que se establezca en “la normativa de prevención de riesgos laborales”. Aquí la función objeto de negociación no es propiamente la “normativa” de prevención de riesgos laborales sino más concretamente las actividades y los ámbitos que se identifiquen como negociables en las normas que regulen la prevención de riesgos laborales de los funcionarios, con lo que la noción presenta un carácter inespecífico ya que en la práctica constituye una remisión a la identificación del objeto de la negociación que sobre la actividad de prevención de riesgos laborales pueda hacerse por ley o por reglamento.

d) Con una relativa frecuencia, aislada o incorporada a las referencias normativas utilizadas en los apartados anteriores, aparece la noción de “criterios generales”. Dicha expresión se utiliza en el apartado f) para referirse a los “planes y fondos para la formación y la promoción interna”, enunciado en el que vuelven a confundirse contenidos funcionales como pueden ser las actividades de planificación y de presupuestación con los materiales, incluidos en los términos formación y promoción interna; en el apartado g) para referirse a la determinación de “prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas”, en el i) sobre “ofertas de empleo público”, y en el m) cuando se menciona como ámbito material del proceso de negociación los “criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos en aquellos aspectos que afecten a las condiciones de trabajo de los empleados públicos”.

e) Un nuevo supuesto de identificación entre actividades funcionales y materiales se produce cuando el objeto de la negociación son “Los planes”. Una referencia que solo aparece en solitario en la letra e) cuando se menciona como objeto de la negociación la “Previsión Social Complementaria”.

f) Más oscuro parece el concepto de “propuestas” sobre “derechos sindicales y de participación” que incluye la letra h), lo que parece relativizar el contenido último de un acuerdo sobre estas materias.

g) De características singulares resulta ser la negociación de la “regulación que exija norma con rango de ley” contenida en el apartado k) del precepto estudiado. De hecho, el objeto de la negociación tiene aquí un rango o nivel superior y se refiere a las leyes y aquellas normas que, por excepción o por delegación, tienen rango de ley, es decir, a la función legislativa, y, más concretamente, a la iniciativa legislativa de los órganos de gobierno que la tiene reconocida, pero interesa resaltar que se trata de un particular tipo de proyectos legislativos que resultan ser los que “afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios”⁴⁵⁶. Por tanto, hay que concluir que en la determinación de la negociación de la legislación en un sentido formal juega un importante papel la noción que pudiera tenerse del concepto “afectación” de las condiciones de trabajo de los funcionarios.

h) Para terminar, están las materias atribuidas en bloque a la negociación sin ningún tipo de condicionante funcional como son la mayor parte de las integrantes del apartado m) del precepto

⁴⁵⁶ La STSJ de Murcia de 20 de diciembre de 2012, JUR/2013/42463, previene que: “se trata de materias cuya regulación exija norma con rango de ley, la ley se está refiriendo a una negociación de un nivel superior, entre sindicatos y órganos que posean capacidad de iniciativa legislativa con competencia en la materia de que se trate, a fin de establecer una norma legal general sobre la cuestión”.

que comentamos, referidas a “calendario laboral, horarios, jornada, vacaciones, permisos y movilidad funcional y geográfica”.

Si repasamos lo dicho hasta el momento veremos que desde una perspectiva estrictamente funcional las actividades que podemos identificar serían las siguientes:

a) Una función legislativa que convierte en objeto negocial todas las normas con rango de ley que puedan afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios.

b) Una función esencialmente ejecutiva en la que se puede reconocer el ejercicio de la potestad reglamentaria que se proyecta sobre las materias de las que se predica la negociación de las “normas” o de la “normativa” y también aquellas que se introducen en el ámbito de la negociación con la referencia “criterios generales”. De hecho, la expresión “criterios generales” comporta implícitamente una llamada para acordar las normas o las directivas que los fijen. En principio, lo que se negocia son las normas que fijan criterios generales sobre determinadas materias. Con todo, la noción “criterios generales” es más amplia y puede llegar a incluir una serie de directrices generales que ordenen el propio ejercicio del poder discrecional en materia de personal. Nada impide negociar y regular un conjunto de “criterios generales” que podrán incluirse sin reservas en un acuerdo colectivo y que deberán servir de pauta para aplicaciones concretas, asumiéndolos y teniéndolos en cuenta en las respectivas actuaciones posteriores. Ello implica que la negociación consiste fundamentalmente en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios en sus aspectos estructurales, básicos y generales sin descender a actuaciones concretas⁴⁵⁷. Por lo tanto, la expresión “criterios generales”, tiene forzosamente un natural carácter excluyente, de la misma manera que lo tiene la utilización del plural que se produce en la referencia expresa hecha a “planes y fondos para la formación y la promoción interna” y en la efectuada a la negociación de las “ofertas de empleo público”⁴⁵⁸. Lo que se rechaza a través de la utilización de este tipo de expresiones es la negociación de resoluciones

⁴⁵⁷ Tal como se advierte en el AAN de 2 de noviembre de 2004, RJCA/2005/855. La STSJ de Madrid de 14 de mayo de 2008, JUR/2008/284343, nos aclarará que: “La negociación con los sindicatos se mantiene dentro de unos ámbitos, y de hecho, tal como se observa en el Acuerdo impugnado, se ha partido del Convenio de Condiciones de Trabajo para los funcionarios públicos, que se adoptó con la intervención de los Sindicatos, y siendo esto así, el desarrollo de cuestiones concretas, dentro del marco de este Acuerdo que tiende a una nueva reorganización y regulación del complemento de productividad, se desenvuelven en el marco de las facultades de autoorganización de la Administración”.

⁴⁵⁸ La STSJ de Murcia de 16 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ MU 2221/2013, sobre la negociación de los criterios generales sobre ofertas de empleo público, subraya lo siguiente: “Con este precepto, el legislador pretende que la oferta de empleo público, en cuanto tal, no pase a la esfera negocial, sino que continúe siendo objeto de decisión unilateral de la Administración. No se exige que anualmente se presente a la Mesa General de Negociación un proyecto de oferta de empleo, sino que se sometan a negociación los criterios generales para que con arreglo a ellos los órganos de gobierno de las Administraciones públicas aprueben las ofertas de empleo público (art. 70 EBEP)”.

o ejecuciones concretas, es decir, la producción de actos administrativos de personal que han de ser adoptados por los correspondientes órganos de gobierno o ejecución⁴⁵⁹. Cuestión distinta es que en ausencia de criterios generales la aprobación de una decisión concreta con capacidad de afectación para un conjunto de individuos haya de ser objeto de negociación. Aquí el carácter de precedente, de constitución de un criterio que vincula a la Administración que podrá influir de alguna manera sobre la toma de una decisión posterior similar, puede hacer deseable su negociación⁴⁶⁰. Cuestión distinta es si lo general solo puede excluir lo concreto si está previamente establecido⁴⁶¹. En ausencia de norma o de criterio previo la función ejecutiva de determinación de las condiciones de trabajo propia de los órganos de gobierno pasa a ejercerse únicamente en el momento aplicativo, lo que abre la duda sobre la legitimidad de una posible intervención sindical. Con todo, conviene advertir de que la contraposición general/concreto es solo una faceta del concepto “criterios generales”. Los criterios de clasificación en función de elementos de generalidad presuponen siempre la introducción de un factor de importancia relativa: lo general es a menudo también lo estructural, lo básico, lo esencial, lo que substancialmente ha de ser objeto de negociación. Una consideración que no hay que olvidar y que conviene tener muy presente a la hora de delimitar una materia.

c) Dentro de la función ejecutiva de los órganos de gobierno que ha de ser objeto de negociación habrá que incluir también el ejercicio de la potestad de programación y planificación que produce efectos limitados en el ámbito jurídico interno, estrechamente relacionada con la capacidad de organización pero que no debe ser confundida con ella, potestad que incluiría aquellas materias sobre las que se proyectan determinadas expresiones instrumentales como pueden ser los “planes” o los “criterios generales de los planes y fondos”, debiéndose observar

⁴⁵⁹ Tal como se dice, en base a la legislación anterior al EBEP, en la STSJ de Madrid de 22 de enero de 2000, JUR/2000/182442: “de este concreto contenido resulta que las Resoluciones cuestionadas no preparan ni diseñan plan alguno de empleo público, simplemente suponen la ejecución de un Plan previamente desarrollado, ni regulan sistema alguno de ingreso, provisión o promoción profesional de los funcionarios públicos sino que, y exclusivamente, hacen uso de uno de los sistemas previstos en la Ley de la Función Pública de la Comunidad de Madrid para la cobertura de unas concretas plazas”.

⁴⁶⁰ De hecho, toda decisión administrativa presupone la adopción de un estándar de conducta, de un criterio que constituye un elemento de referencia en el proceso de adopción de decisiones con capacidad para vincular de una forma flexible, ya que la Administración puede apartarse de la referencia anterior motivando su decisión, como se dice en DÍEZ SASTRE, Silvia. “La fuerza vinculante del precedente administrativo”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 143, 2009, p. 448-450. En todo caso, hay que tener en cuenta que la existencia de un precedente exige una determinada identidad o coincidencia entre las circunstancias relevantes que caracterizan el supuesto anterior y el presente que permitan aplicar el mismo criterio a la decisión jurídica. De aquí que la innecesariedad de la negociación en estos casos solo pueda referirse a este particular tipo de soluciones. En ausencia de identidad lo que hay es una negociación caso a caso que sustituye la ausencia de un criterio general. De la misma manera, el abandono del precedente y el cambio de criterio de decisión, que habrá de justificarse de una forma razonable y suficiente, exigiría un nuevo proceso de negociación.

⁴⁶¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 13 de octubre de 2009, JUR/2009/26733.

que en un supuesto concreto lo que se negocian son los mismos planes y en el otro los criterios generales que deberán tenerse en cuenta en las correspondientes operaciones de planificación, advirtiéndose también, como ya se ha hecho en el apartado anterior, que en aquellos supuestos concretos en los que no se hayan establecido criterios previos, la negociación puede llegar a demandarse para cada operación de planificación concreta⁴⁶².

d) En la misma función ejecutiva habrá que incluir también las operaciones de “aplicación del incremento de las retribuciones” o las de “determinación y aplicación de las retribuciones”. En todo caso, dichas expresiones pueden y deben ser distinguidas. La primera alude a una intervención muy concreta que debe reflejarse para cada ejercicio en el correspondiente presupuesto. Se trata, pues, de una decisión en la que se instrumenta la potestad financiera de las corporaciones locales. La segunda utiliza las expresiones “determinación” y “aplicación”. De hecho la determinación de las retribuciones no es otra cosa que la fijación de sus términos o criterios, por lo que a nuestro entender el primero de estos permitiría incluir en el ámbito de la negociación tanto la ordenación de las retribuciones complementarias como su posterior aplicación concreta a través de los correspondientes instrumentos y decisiones administrativas.

e) Lo planteado en el párrafo anterior sucedería también en aquellas materias que se incluyen en el objeto de la negociación sin ningún matiz funcional como pueden ser el calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, con el único límite de que dicha negociación habrá de tener un proyección colectiva.

Recapitulando, si dejamos a un lado la negociación prelegislativa por no resultar propia de las corporaciones locales, las funciones que entran en juego en el proceso de negociación son esencialmente las de planificación y reglamentación de las condiciones de trabajo, mientras que la función propiamente aplicativa solo sería objeto de negociación en un campo muy estrecho limitado por la determinación de las retribuciones complementarias, el tiempo de trabajo y la movilidad.

En todo caso, parecen existir distintas funciones sobre determinadas materias que han de ser objeto de negociación de manera autónoma con independencia de su conveniente integración en un instrumento colectivo de carácter cohesionado y completo que pudiera ofrecer una visión

⁴⁶² Hay que tener en cuenta que toda operación de planificación presupone una previsión de pautas de actuación y de directrices, junto con los fines, objetivos y los medios y recursos necesarios para realizarlos en un concreto período de tiempo, aquí, pues, lo que sería objeto de negociación serían los criterios, y si se quiere las directrices, y en todo caso los fondos que se han de incorporar al planeamiento. Sobre esta idea de planeamiento nos remitimos a ARNÁEZ ARCE, M^a Vega. *La potestad planificadora de las Administraciones públicas*. Bilbao: Gomylex, 2013, p. 34.

integral de los objetos posibles de la negociación. Se produciría de esta manera una negociación de segundo grado o nivel que transcurriría al margen de la primera y que plantearía el problema efectivo de la negociación de un concreto instrumento o acto al margen de su regulación. De hecho, no se exime del deber de negociación de una decisión por haberse negociado previamente una disposición que pudiera afectar de una forma horizontal o transversal a la primera. Es más, nuestra doctrina judicial parece entender, de una forma a nuestro parecer discutible, que admitir esta posición sería dar carta de naturaleza a un proceder arbitrario de la órganos competentes de la respectiva Administración, pues con haber negociado una materia o un conjunto de materias se consideraría exenta de la obligación de procurar convenir que se establece en la legislación vigente, una legislación en la que por cierto abunda la referencia a la negociación de una variedad de condiciones de trabajo que aparecen determinadas con sustantividad propia, con lo que la negociación colectiva de los funcionarios públicos se estructuraría en una extraña forma descendente en la que se predica la negociación de un criterio general y de una decisión concreta⁴⁶³.

1.3. Las condiciones de trabajo como objeto de negociación colectiva

La negociación en la función pública es un proceso de determinación de las condiciones de trabajo. El concepto condiciones de trabajo resulta ser un elemento esencial de la negociación en el sector público, de la misma manera que en el sector privado la negociación es “laboral”.

La esencialidad de dicho concepto salta a la vista si repasamos los elementos siguientes:

- a) El primer apartado del artículo 31 EBEP 2015 señala que los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva “para la determinación de sus condiciones de trabajo”. El segundo apartado de este mismo precepto nos recuerda que por negociación colectiva “se entiende el derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo”.
- b) El concepto condiciones de trabajo se convierte en un aspecto nuclear de la negociación colectiva cuando se advierte en el artículo 37.1.k) EBEP 2015 que serán materias objeto de negociación “Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de ley”.

⁴⁶³ Al respecto, la STSJ de Galicia de 10 de diciembre de 2008, RJCA/2009/468. De una negociación “continua” con respecto a determinadas decisiones administrativas habla la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2010, ROJ: STSJ M 20399/2010, con lo que no se acaba entendiendo para qué sirve la negociación de las normas y de los criterios generales de aplicación, si luego habrá que negociar cada aplicación concreta.

c) Ese mismo concepto adopta una función principal en el artículo 37.2.a) EBEP 2015, referido a las materias excluidas de la negociación, al incorporar una cláusula donde se nos advierte de que “Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones con las Organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto”.

Por tanto hay que negociar los proyectos de ley que afecten a las condiciones de trabajo, hay que negociar planes, normas y criterios generales sobre condiciones de trabajo, hay que negociar determinadas condiciones de trabajo y hay que negociar las decisiones de las Administraciones públicas dictadas en ejercicio de sus potestades de organización que pudieran afectar a las condiciones de trabajo.

Sin embargo no pueden confundirse las condiciones de trabajo con el entero estatuto de los funcionarios públicos, ni propiamente con su régimen jurídico. De hecho, el concepto condiciones de trabajo tiene en sí mismo un aspecto delimitador, advertido muy tempranamente por nuestra jurisprudencia administrativa. Así, la STS de 1 de febrero de 1995, RJ/1995/1210, señalara que: “No se puede dar al concepto “condiciones de trabajo” que utiliza la ley para enmarcar el fenómeno de participación colaborativa de los funcionarios una interpretación extensiva que lo haga coincidente con el estatuto funcional íntegramente entendido”⁴⁶⁴. En la STS de 13 de octubre de 2006, ROJ: STS 6252/2006, se dará un paso más para advertir de que una regulación atinente principalmente a la adecuación de titulaciones exigidas para el acceso a determinadas subescalas de la Administración local y los requisitos de acceso y provisión de puestos: “no afectan a las condiciones de trabajo, sino que integra el régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local”⁴⁶⁵. A propósito de esto, la STS de 6 de febrero de 2007, ROJ: STS 948/2007, añadirá que la interpretación de la locución “condiciones de trabajo” no puede extenderse hasta el punto de comprender toda la regulación que afecte a un determinado cuerpo de funcionarios: “sino que ha de limitarse a las circunstancias que repercuten en la forma en que se desempeñe el trabajo en un puesto determinado”⁴⁶⁶.

Como se puede observar, el concepto condiciones de trabajo no es una categoría jurídica claramente establecida que se pueda utilizar con precisión. A la misma se llega ordinariamente

⁴⁶⁴ Un argumento que se repite en la STS de 30 de junio de 1995, RJ/1995/5107.

⁴⁶⁵ El mismo planteamiento en la STS de 21 de diciembre de 2007, ROJ: 8635/2007 y en la STS de 24 de septiembre de 2008, RJ/2008/7556.

⁴⁶⁶ Lo que también se dirá en la STS de 8 de octubre de 2012, RJ/2012/10197 y en la STS de 22 de octubre de 2012, RJ/2012/11309.

por enumeración de una serie de componentes que parecen afectar al contenido de la relación de servicios, pero no a su establecimiento y extinción. En un sentido amplio se podría decir que las condiciones de trabajo son todas aquellas circunstancias que conforman la relación de servicio; en un sentido estricto, las condiciones de trabajo se limitarían a los elementos que determinan la ejecución de la prestación y su retribución, en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento⁴⁶⁷.

Sobre este planteamiento que introduce una noción incierta y circunstancial, late en nuestra doctrina judicial una cierta remisión al concepto “condiciones de trabajo” que contiene el artículo 41 ET, referido a las modificación sustancial de condiciones de trabajo, donde se contiene una enumeración no limitativa de sus principales componentes, señalando que tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de trabajo, entre otras, las que afecten a la jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, y funciones⁴⁶⁸.

Que esto es así lo acredita una jurisprudencia menor donde se entiende que las condiciones de trabajo son: “aquéllas concretas materias y previsiones que determinan específicamente el “status” del trabajador, o, incluso, cuestiones relativas a las previsiones de contenido asistencial”, señalando que propiamente lo que se viene entendiendo por condiciones de trabajo son: “aquéllas concretas materias y previsiones que determinan específicamente el “status” del trabajador, en definitiva cuestiones tales como la jornada laboral, el horario, las vacaciones y licencias, o incluso, nos permite integrar en su seno cuestiones relativas a previsiones de contenido asistencial”⁴⁶⁹, o como se dice en otro pronunciamiento, las condiciones de trabajo se refieren: “al horario, funciones y jornada entre otras cuestiones”⁴⁷⁰, debiendo descenderse en la negociación colectiva a: “los pormenores de organización de horarios, turnos, permisos, vacaciones, etc.”⁴⁷¹, o en un sentido más amplio se advierte de que las condiciones de trabajo hacen referencia a: “la jornada de trabajo, calendario laboral, horario y turnos, descanso semanal, licencias, vacaciones y permisos, prestaciones sociales, etc.”⁴⁷².

⁴⁶⁷ Resultan de un extraordinario interés al respecto, las reflexiones mantenidas en LORENTE RIVAS, Antonio. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. Tesis Doctoral. Granada: Universidad de Granada, 2009, p. 204-222.

⁴⁶⁸ Dicho salto conceptual se da, por ejemplo, en la STSJ de Aragón de 29 de septiembre de 2005, JUR/2006/150792.

⁴⁶⁹ STSJ de Madrid de 10 de octubre de 2001, JUR/2002/92186 y STSJ de Madrid de 20 de enero de 2006, JUR/2006/208604.

⁴⁷⁰ STSJ de Madrid de 16 de octubre de 2007, JUR/2008/47574.

⁴⁷¹ STSJ de Madrid de 20 de noviembre de 2013, ROJ: STSJ M 15940/2013.

⁴⁷² STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2013, JUR/2013/123281.

Del repaso de esta jurisprudencia solo pueden establecerse una serie de líneas tendenciales que parecen llevarnos a las afirmaciones siguientes:

- a) No parece existir una definición jurídica de la noción condiciones de trabajo en el estatuto de los funcionarios públicos.
- b) El entero régimen jurídico de los funcionarios no puede identificarse con el de sus condiciones de trabajo.
- c) El concepto condiciones de trabajo mantiene una estrecha relación con los componentes que conforman y rodean la ejecución de la prestación de servicios en un puesto de trabajo.

En todo caso, la negociación de las condiciones de trabajo es por naturaleza colectiva. Atañe pues a una generalidad de funcionarios⁴⁷³, a supuestos de carácter generalista que precisa de negociación porque afectan al desempeño de las funciones correspondientes a todos los funcionarios públicos⁴⁷⁴. Sencillamente, el objeto de la negociación ha de tener una “proyección colectiva” y no una “proyección individual”⁴⁷⁵. Por lo que no pueden ser objeto de negociación aquellos supuestos que atañen a una sola persona o que tienen un alcance individual en su contenido⁴⁷⁶.

Aparte de esto lo que es objeto de negociación es la “determinación” de una regulación o si se quiere la “afectación” o “repercusión” de las decisiones administrativas sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios.

1.4. Actos políticos y actos internos como objeto de negociación

El artículo 97 CE atribuye al Gobierno la función de dirección política, el ejercicio de la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Por su parte, la Administración pública tiene como función constitucional servir con objetividad los intereses generales, de acuerdo con la Constitución y las leyes. El Gobierno dirige a la Administración pero está estrechamente imbricando con ella a través del ejercicio de la función ejecutiva. En cierta manera el Gobierno es Administración en ejercicio de su función ejecutiva, pero Gobierno y Administración siguen siendo realidades separadas desde una perspectiva estrictamente funcional y orgánica. El

⁴⁷³ STSJ de la Comunidad valenciana de 8 de febrero de 2013, JUR/2013/155744.

⁴⁷⁴ Tal como se dice en la STSJ de Cataluña de 3 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ CAT 12733/2013.

⁴⁷⁵ La afirmación en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de marzo de 2008, JUR/2008/190313.

⁴⁷⁶ STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de octubre de 2008, JUR/2009/64657; STSJ de Madrid de 6 de abril de 2010, JUR/2010/254365.

problema viene de la dificultad para distinguir cuándo el órgano gubernamental actúa como Gobierno y cuándo lo hace como Administración. Más claramente, el problema consiste en distinguir un acto político o de gobierno de un acto de ejecución y gestión de los asuntos públicos. Con esta perspectiva constituirán actos políticos diferenciados de los actos administrativos todas aquellas manifestaciones de un órgano de gobierno en las que se plasme su función política-directiva, la decisión política, la orientación de la comunidad y la creatividad originaria, la opción por una política concreta, los actos de relación con otros órganos constitucionales y los de relaciones internacionales, estos últimos con importantes limitaciones⁴⁷⁷.

Obviamente, como cuestión de fondo de este tipo de actos cobra todo su interés su posible control jurisdiccional, un control inexistente o muy débil fundamentado en la exclusión de esos actos que ofrecía el artículo 2 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, en el que expresamente se decía que no correspondían a dicha jurisdicción: “Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”. Un planteamiento que hay que entender en parte corregido por el vigente artículo 2.a) de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde se señala ahora que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: “La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

Con todo, el acto de gobierno, que formalmente desaparece del texto de la ley pero que implícitamente queda reconocido como categoría doctrinal separada en el precepto que pretende su sujeción a los órganos de la jurisdicción, sigue siendo una noción discutida y conflictiva desde una perspectiva estricta de precisar con exactitud el concepto, delimitar sus contenidos y sus técnicas de control⁴⁷⁸. De hecho, tal como se desprende del precepto citado,

⁴⁷⁷ Seguimos en estas líneas el razonamiento de GARRIDO CUENCA, Núria. *El acto de gobierno*. Barcelona: CEDECS, 1998, p. 520-525.

⁴⁷⁸ La alusión a la competencia del orden contencioso-administrativo contenida en el artículo 2.a) LJCA ha sido entendida como la proclamación de un ámbito de actuación gubernamental “no administrativa”, política, y en esa

solo en el caso de que un acto de gobierno lesione los derechos fundamentales o exista una norma jurídica que sirva de soporte (elemento reglado) al juez de lo contencioso-administrativo, el acto será controlable, dejando al órgano judicial la resolución de cada caso concreto⁴⁷⁹.

De forma similar, aunque el precepto citado excluye tácitamente la posible existencia de actos de gobierno de las corporaciones locales, lo cierto es que tras la aprobación de la Constitución, no solo el Gobierno del Estado produce actos políticos propios o actos de gobierno, también lo hacen los órganos de gobierno de las comunidades autónomas, y aunque más restringidamente, los locales, a los que hay que reconocer un ámbito político propio directamente derivado del principio de autonomía local que, hoy por hoy, se admite con naturalidad por la doctrina y los órganos del poder judicial⁴⁸⁰.

En su actividad de dirección política los órganos de gobierno realizan actos de naturaleza heterogénea entre los que a nuestros efectos puede resultar de interés diferenciar tres grandes bloques materiales. El primero referido al ejercicio de poderes normativos, relacionados con la formulación de la iniciativa legislativa o el ejercicio de la potestad reglamentaria. El segundo, estrechamente conectado con las actividades de relación de los órganos de gobierno con determinados actores sociales que hay que situar en el terreno de la concertación. Por último no hay que olvidar la emisión de declaraciones o de directrices programáticas a través de las cuales el órgano de gobierno ejerce una función de dirección considerada aquí como equivalente a la de orientación o impulso político.

Empezando por el primero de los aspectos mencionados, se ha dicho que el ejercicio de la iniciativa legislativa resulta ser el paradigma del acto de gobierno dado su inmunidad radical al control de la jurisdicción contenciosa administrativa por tratarse de un acto de relación entre

medida solo controlable, en virtud de las atribuciones expresas y en los aspectos que en el texto del precepto se detallan, tal como se dice en PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “Todavía seguimos hablando de los “actos políticos”...”. En ARENILLA SAÉZ, Manuel (Coordinador). *La Administración pública entre dos siglos*. Madrid: INAP, 2010, p. 1254.

⁴⁷⁹ Tal como se ha dicho, el alcance y la intensidad del control judicial de las decisiones, así como las técnicas y principios con los que se hace efectivo y, en definitiva, la delimitación de lo que en su caso sea el contenido político o núcleo de éste no fiscalizable, parece adaptarse casuísticamente a las circunstancias del caso enjuiciado, DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 26, 2012, p. 51.

⁴⁸⁰ EMBID IRUJO, Antonio. “La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)”. En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría (III)*. Madrid: Civitas, 1991, p. 2717-2718. En esta misma dirección y con referencia al proyecto de ley de reforma de la jurisdicción contenciosa-administrativa, GARRIDO CUENCA, Núria. El acto de gobierno, *ob.cit.*, 731-732. Para un desarrollo de la esfera municipal como ámbito de gobierno, fundamentado en el principio de autonomía local, nos remitimos a BARATA MIR, Joan. *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 63-80. Advirtiendo del porte político de la autonomía constitucional de municipios y provincias que permite que puedan emanar del órgano de gobierno de una corporación local actos de contenido político, PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *Todavía seguimos hablando*, *ob.cit.*, p. 1268.

poderes constitucionales. En este grupo de actos, especialmente relevante, nuestros tribunales se limitan a señalar su existencia, sin entrar siquiera a verificar el respeto a los posibles elementos reglados. Esta jurisprudencia parece sustentarse en que las citadas relaciones institucionales se encuentran directamente reguladas por la Constitución o los correspondientes Estatutos de Autonomía, manifestando su especial naturaleza política que queda vedada al control judicial ordinario⁴⁸¹.

El planteamiento es simple y se encuentra recogido en la STC 45/1990, de 15 de marzo, no toda actuación de un órgano de gobierno está sujeta al Derecho Administrativo, considerando indudable que no lo está, por ejemplo, la que se refiere a las relaciones entre órganos constitucionales, como puede ser la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye, en este caso, el artículo 97 CE.

Un planteamiento que se acoge plenamente en la STS de 20 de abril de 1993, ROJ: STS 13187/1993, referida al recurso presentado por la CSIF contra el acuerdo del Consejo de la Generalidad Valenciana por el que se envían los Presupuestos Generales de la Comunidad Valenciana de 1990 a las Cortes Valencianas sin haber convocado a la mesa general de negociación de la función pública de dicha Comunidad, en lo que se entiende pretende ser un acto de fiscalización de la iniciativa legislativa del poder ejecutivo autonómico, acto que al parecer de nuestros tribunales tiene su cobertura en la propia Constitución, en base a lo que la doctrina llama actos constitucionales que regulan las relaciones entre los poderes constitucionales y que se considera no fiscalizable, concluyéndose al respecto que el orden jurisdiccional contencioso se encuentra ante una clara imposibilidad de revisar el ejercicio de la iniciativa legislativa del Consejo de Gobierno de la Comunidad Valenciana, por constituir una actuación no regulada por el Derecho Administrativo⁴⁸².

Más incisiva resulta ser la STS de 22 de junio de 2015, ROJ: 3104/2015, que conoce de otro aspecto distinto de esta particular problemática relativa a la inactividad del Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco consistente en no cumplir su obligación de proponer al Consejo de Gobierno, para su deliberación y aprobación el Acuerdo suscrito entre el Departamento de

⁴⁸¹ GARRIDO CUENCA, Núria. El acto de gobierno, *ob.cit.*, p. 643-644.

⁴⁸² En idéntica dirección, la STSJ de las Islas Baleares de 28 de febrero de 2013, ROJ: STSJ BAL 227/2013, considera que la aprobación del proyecto de ley de los Presupuestos Generales de la CAIB aprobado por su Consejo de Gobierno el 21 de octubre de 2009, no es un acto que pueda ser susceptible de impugnación ante la jurisdicción contenciosa, en tanto que no es un acto de la Administración pública, sino un acto político del consejo del Gobierno Balear, en ejercicio de la potestad ejecutiva que le corresponde a tenor de lo dispuesto en el artículo 135 del Estatuto de Autonomía de las islas Baleares.

Interior con las organizaciones sindicales ERN y ESAN para la regulación del desarrollo profesional del personal de la Ertzaintza, reconocido por el artículo 75.c) de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de Policía del País Vasco, aprobación que a juicio del Gobierno Vasco quedaba condicionada por la necesidad de una modificación legal que no se acabaría produciendo, con lo que se entiende que la reclamación sindical pretende interferir en la iniciativa legislativa o en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Gobierno y, por lo tanto, en la actividad política de este mismo Gobierno, una razonamiento que se descartará de plano por nuestro órgano judicial, advirtiendo en este caso de que el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, estrechamente vinculado a la libertad sindical, requiere en determinados casos el seguimiento de una serie de pasos o fases que configuran un verdadero procedimiento en el que se exige que a un trámite le siga otro para que la decisión tome cuerpo y tenga razón de ser, con lo que se han de hacer valer los distintos pasos del procedimiento en el que se concreta legalmente, cosa que significa, por ejemplo, que cuando, como aquí sucede, se trata de la negociación colectiva debe haberla a través de un determinado recorrido que ha de completarse de acuerdo con lo previsto por la ley. En este caso, el contenido está concretamente determinado y conduce el acuerdo pactado a la consideración del Consejo de Gobierno sin que ello presuponga forzar su iniciativa legislativa o su potestad reglamentaria, ya que el Consejo de Gobierno, tras su estudio resolverá lo que estime procedente, pudiendo no aceptar lo convenido por uno de sus departamentos.

En otro orden de consideraciones, resulta relevante la especial problemática desarrollada en torno a los llamados acuerdos de concertación social. Dichos acuerdos cuentan con la participación y aceptación de los órganos de gobierno y de los agentes sociales, y se les define como pactos político-sociales, procesos de concertación o pactos sociales. Unos pactos que se nos muestran como una forma de institucionalización del intercambio político entre las fuerzas sindicales, empresariales y los poderes públicos, sin tener un expreso fundamentado normativo y sin pretender una incidencia directa en las relaciones jurídicas propias del trabajo subordinado que sin embargo se aspira a modificar. La concertación citada se caracteriza por la negociación entre los poderes públicos y los sindicatos sobre los problemas sociales y económicos de un sector determinado o sobre el conjunto de la sociedad, se desarrolla en instancias de negociación caracterizadas por su informalidad y creadas al afecto, y sus acuerdos, si se alcanzan, se plasman

en pactos sociales, que eventualmente pueden servir para la preparación de medidas normativas o para trazar líneas de actuación que se desarrollaran a través de medidas concretas⁴⁸³.

La participación de los órganos de gobierno en la elaboración y firma de este tipo de pactos goza de la consideración de “actos políticos de gobierno”. La presencia del Gobierno en la negociación no está determinada por su carácter de sujeto de las relaciones laborales sino en su calidad de órgano del poder público como garante de los intereses generales, por lo que excede del ámbito de la autonomía y de los acuerdos colectivos, así como de otras figuras de naturaleza convencional, de ahí que pueda decirse que el pacto social, en sí mismo considerado, permanece fuera de la vida jurídica, situándose en el campo de la política y de lo social⁴⁸⁴.

Desde una perspectiva estricta del tema que nos ocupa no es infrecuente que determinados tipos de estos pactos contengan referencias al marco institucional, a la educación o a la sanidad, y la participación social se limite a los dos organizaciones sindicales más representativas (UGT y CC.OOO), con lo que automáticamente se suscitan conflictos sobre la falta de inclusión de determinadas organizaciones sindicales que resultan ser representativas en el empleo público de la respectiva Administración, alegándose al efecto el incumplimiento de la obligación de negociar y de las normas que regulan la intervención sindical en lo que pueda afectar a las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Surge aquí, la tesis de los pactos de carácter programático que constituyen una manifestación de la dirección política que corresponde al órgano de gobierno y que comportan una distinta concreción de la capacidad negociadora de este con los interlocutores sociales, considerándose al efecto que el hecho mismo de que un pacto político haya establecido una previsión genérica sobre una materia o un objetivo de futuro no supone que en una futura concreción de la misma no deba tenerse en cuenta la necesidad de la negociación que se reclama, acorde con las reglas de representatividad propia de la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Lógicamente, si dichos pactos incluyen una regulación detallada de una de las materias que han de ser objeto de negociación de conformidad con las previsiones legales establecidas en la legislación de empleo público, dicha regulación deberá ser sometida a las mesas de negociación del ámbito correspondiente⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Seguimos en estas líneas el trabajo de MORA CABELLO DE ALBA, Laura. *La participación institucional del sindicato*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2008, p. 122-125.

⁴⁸⁴ MORENO VIDA, María Nieves. “La naturaleza jurídica de los pactos sociales”. En OJEDA AVILÉS, Antonio. *La concertación social tras la crisis*. Barcelona, Ariel, 1990, p. 75-83.

⁴⁸⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de junio de 2004, JUR/2005/1722.

Una variable de la hipótesis formulada se produce cuando se afirma que determinados tipos de pactos resultan en esencia de naturaleza económica y social, advirtiendo de que el derecho a la libertad sindical no comporta un derecho a que los sindicatos participen en todo órgano administrativo que afecte a cualquier materia de relevancia social desligada de su incidencia en las condiciones de trabajo de los empleados públicos, o lo que es lo mismo, ha de entenderse que la intervención de los sindicatos en una materia de relevancia socio-económica ha de darse cuando dicha materia incida en el ámbito de las condiciones de trabajo que resulta ser el espacio propio de la actividad sindical⁴⁸⁶.

Los pronunciamientos citados ponen de manifiesto la existencia de un nivel de negociación informal y más amplio del articulado legalmente a través de las mesas de negociación, en el que se intenta formalizar un cierto consenso y aceptación de las políticas públicas con una diversidad de actores sociales, ámbito en el que se negocian una serie de materias que guardan conexión unas con otras y que suelen tener un evidente carácter transversal, de forma tal que aunque no se entre a regular directamente materias propias del ámbito de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos pueden tener alguna incidencia o afectación en las mismas. Así pues, si se realiza una interpretación amplia de esta posibilidad la consecuencia lógica resultará ser que el Gobierno no podrá desempeñar su función de dirección política acudiendo a técnicas de consenso y aceptación de sus políticas públicas con determinados agentes económicos y sociales, interlocutores que en determinados casos no podrían participar en una negociación colectiva, pues el acceso a la misma se encuentra restringido a las organizaciones sindicales propias del ámbito específico de negociación que cumplan los requisitos exigidos para ello. Tal como nos dice algún pronunciamiento existente al respecto, la solución parece encontrarse en el principio de proporcionalidad que permite a la Administración negociar y alcanzar acuerdos con entidades distintas a las integradas en las mesas de negociación en materias que no sean estrictamente propias de dicho ámbito, pero que al mismo tiempo, tengan una formulación lo suficientemente amplia, como para no vaciar de contenido al derecho de negociación colectiva reconocido a las organizaciones sindicales⁴⁸⁷.

A partir de ahí, lo que resulta esencial es el análisis del contenido de cada uno de los acuerdos que denominamos sociales, entendiendo que si lo que se pacta son compromisos programáticos o de actividad propios de los firmantes para asumirlos y tenerlos en cuenta en sus respectivas actuaciones con el propósito último de alcanzar unos resultados, sin que ello suponga incluir

⁴⁸⁶ STSJ de las Islas Baleares de 13 de noviembre de 2013, ROJ: STSJ BAL 1177/2013.

⁴⁸⁷ SAN de 26 de noviembre de 2014, ROJ: SAN 4882/2014.

una regulación de la materia o unas medidas administrativas de gestión que puedan resultar directamente aplicables, nos moveremos en el campo estricto de la concertación social, ya que tales acuerdos no podrán ser considerados ni un acto normativo que incorpore una ordenación completa y acabada, ni una decisión administrativa que declare situaciones jurídicas que puedan ser directamente individualizadas y, por tanto, reclamadas. Por lo tanto, los acuerdos pactados en términos amplios que se limiten a simples compromisos, deberán y podrán concretarse a través de otras funciones e instrumentos distintos, y cuando los mismos dependen de la negociación, lógicamente la Administración cumplirá sus compromisos con una defensa razonable de la posición definida, recordémoslo, en términos abiertos, no siéndole exigible un resultado dado pues el mismo no va a depender de su exclusiva voluntad sino de la dinámica generada en la correspondiente mesa de negociación⁴⁸⁸.

En lo relativo a la función de dirección e impulso político propia de tareas materialmente ejecutivas, suele formularse a través de acuerdos de los pertinentes órganos de gobierno que incluye en sus contenidos directivas amplias y abiertas, de naturaleza programática sin contenido prescriptivo, definidoras de resultados, objetivos o fines, carentes de una verdadera eficacia jurídica directa.

En el tratamiento de dichos actos habrá que estar, pues, a su naturaleza prescriptiva aunque no adopte una forma típica y al contenido de los mismos resultando trascendente, tal como sucedía en el supuesto anterior, la regulación o afectación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, de manera que si las posibles líneas o bases de actuación no inciden de forma directa y sustancial en el régimen jurídico de los empleados públicos, ya sean laborales o funcionarios, no se considerará precisa la negociación, no porque se trate de un acto de gobierno sino porque dicho acto no se refiere a las condiciones de trabajo⁴⁸⁹.

A pesar de todo lo dicho hasta el momento, no podemos dejar de recordar que la negociación es en esencia un procedimiento de participación en una decisión con independencia de la naturaleza última del tipo de resolución que puede resultar propia de la actividad política o de gobierno. Al respecto, la doctrina es unánime al reconocer que los elementos externos al propio

⁴⁸⁸ STS de 11 de octubre de 2005, ROJ: STS 6047/2005.

⁴⁸⁹ Como se dice en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 16 de septiembre de 2011, JUR/2012/85001, que conoce del Acuerdo de 27 de julio de 2010 del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el Plan de Reordenación del Sector Público. En la misma dirección, aunque con el matiz por el que se entiende que el Acuerdo aprobado por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias de fecha 22 de octubre de 2010, relativo a las medidas extraordinarias para la reducción del gasto en la actividad administrativa y la gestión de los recursos humanos en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma, resulta ser meramente programático y carente de contenido normativo al estar dirigido a los diferentes departamentos, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 24 de marzo de 2011, ROJ: STSJ ICAN 2998/2011.

contenido de la decisión política (sujeto, competencia, procedimiento, adecuación al fin) son separables de éste y perfectamente controlables por la jurisdicción administrativa que, no lo olvidemos, tal como señala el artículo 2.a) LJCA, conoce de los elementos reglados en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos⁴⁹⁰.

Por tanto, la inadmisibilidad que presupone una falta de control en la denegación del ejercicio del derecho de negociación solo podría producirse en presencia de actos de dirección política en los que no sea identificable ningún tipo de elemento reglado y siempre después de una convincente argumentación sobre las características del acto. En todo caso, puede y debe analizarse la justificación del procedimiento seguido como requisito previo a los que deben ajustarse los actos de gobierno, más concretamente el incumplimiento de la obligación de negociar, sin que ello suponga negar el carácter político de la decisión última, que no lo olvidemos, podrá tomarse siempre al margen del resultado de la negociación. Cabe, asimismo la valoración de la decisión política en tanto afecte a otros derechos o valores constitucionales, y aquí no estará de más recordar que el derecho de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical en la medida en que una ley así lo establezca, tal como lo ha hecho el artículo 31.3 EBEP 2015⁴⁹¹.

A nuestro parecer, por naturaleza, la producción de un acto de los llamados de gobierno no está exenta del cumplimiento de la obligación de negociar. De hecho, el artículo 37.1.k) EBEP 2015 enuncia directamente el deber de negociar las materias que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios cuya regulación exija normas con rango de ley. Por tanto, lo que ha de ser objeto de negociación resulta ser la formación de la iniciativa legislativa del Gobierno. La negociación presupone entonces un paso previo e independiente del procedimiento legislativo tras cuyo cumplimiento puede procederse a la aprobación del proyecto y posterior remisión al legislativo. Se trata pues de un procedimiento administrativo que postula la adopción de un procedimiento de negociación y, en su caso, de acuerdo, que constituye el impulso necesario para poner en marcha el procedimiento legislativo. Pero dicho presupuesto objetivo, al que el ordenamiento jurídico subordina el ejercicio de la potestad de legislar, no puede producir la invalidez de una ley adoptada por el parlamento que no podría estar por esta razón sometida al control de constitucionalidad, ya que el enjuiciamiento de una

⁴⁹⁰ Para este debate, GARRIDO CUENCA, Núria. El acto de gobierno, *ob.cit.*, p. 631-635.

⁴⁹¹ Al respecto, DIEZ SANCHEZ, Juan José. El control jurisdiccional de los actos de gobierno, *ob.cit.*, p. 60.

ley va a depender siempre de que el requisito incumplido sea susceptible de ser utilizado como parámetro de constitucionalidad⁴⁹².

Por tanto, el incumplimiento del deber de negociar como necesario presupuesto objetivo de la correcta formación de la iniciativa legislativa debe y puede ser controlado por la jurisdicción contenciosa que ha de analizar el procedimiento seguido y la posible afectación del derecho de negociación que para los funcionarios públicos constituye un contenido adicional del derecho de libertad sindical. Cuestión distinta es que el pronunciamiento de nuestros tribunales se haya de limitar a una declaración del incumplimiento, y si procede a un resarcimiento de los daños producidos por el mismo, sin llegar a afectar a la posible ley. El defecto denunciado se habría producido, en todo caso, en los trámites previos al envío del proyecto al Parlamento y no en el procedimiento de elaboración de la ley, que se desenvuelven en el interior del cuerpo legislativo, por lo que mal puede afirmarse que dicho defecto pueda provocar la invalidez de éste último procedimiento y de la ley en que desemboca⁴⁹³.

El no cumplimiento de la obligación de negociar los actos de dirección política del gobierno que termina en la formulación de pactos sociales o en la adopción de programas o de políticas públicas ha de resolverse de otra manera. Aquí, lo que resulta esencial son las características del acto y su contenido. El planteamiento es sencillo: si el contenido del pacto social o del acuerdo de gobierno afecta directa y sustancialmente a las condiciones de trabajo de los empleados públicos ha de ser objeto de negociación. En cambio, si esta afectación no se produce

⁴⁹² Sobre la necesidad de distinguir entre vicios en los presupuestos previos al procedimiento legislativo y vicios del procedimiento legislativo, nos remitimos a BIGLINIO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: CEC, 1991, p. 102-109.

⁴⁹³ En todo caso ha de quedar claro que lo que se controla es el acto preparatorio de la iniciativa legislativa y no la propia ley y su contenido regulatorio, ya que si no se puede llegar a paradojas como las que se plantean en la STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de abril de 2010, ROJ: STSJ CLM 1443/2010, repetida en la STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de abril de 2015, ROJ: STSJ CLM 1106/2015, en los términos siguientes: “La cuestión que se nos plantea, por tanto, es si es inconstitucional una norma legal por haberse dictado sin observar esta previsión legal. El resultado final de la apelación es que la actora está planteando una reclamación sobre algo que se encuentra regulado en una norma con rango de ley emanada de un Parlamento. Y el problema que se plantea nos lleva a una suerte de ratonera jurídica, pues lo que se discute por la actora es la necesidad de negociar algo como la soberanía popular de una cámara legislativa que es por definición innegociable. Se plantea la paradoja de que pueden existir casos como el que nos ocupa que una norma con rango de ley no observe reglas de procedimiento impuestas por otra ley, sin dejar de por ello de ser una ley válida. El acto de soberanía de la promulgación de la ley debemos entender que sanaría el eventual defecto procedimental. Pero de ser así, lo cierto es que fuera del control del Tribunal Constitucional, que enjuicia la adecuación de normas con rango de ley a la Constitución, en el caso de inobservancias procedimentales en la tramitación de una ley, una vez promulgada ésta, sanarían sus posibles defectos. Estaríamos ante un sector inmune al control judicial. Sin embargo el hecho cierto es que no se aprecia vulneración de la Constitución española, y al tratarse de normas con rango de Ley, este Tribunal no puede controlar el contenido de una Ley salida de un Parlamento. La elevación a rango legal del complemento discutido en este asunto ha sido decidida no ya por la Administración Pública, sujeto al que controla esta Jurisdicción Contenciosa, sino por el Parlamento Autonómico de esta Región, dando lugar a un texto con rango de ley que impide que por este tribunal se controle lo allí regulado”.

o se produce solo de una forma tangencial o lateral no resulta precisa dicha negociación. Pero la innecesariedad de la negociación no deriva de la naturaleza de acto, de su carácter “político”, sino que se obtiene de la falta de incidencia sobre las materias que han de ser objeto de negociación: las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Ello quiere decir que la jurisdicción administrativa podrá controlar dichos actos y definir el alcance de los mismos, pronunciándose como ya se ha hecho sobre la obligatoriedad o no de su negociación.

En otro orden de consideraciones conviene atender ahora a un distinto tipo de actos que pueden resultar excluidos de la obligatoriedad de la negociación. Nos referimos a una serie de medidas de orden interior que se caracterizan por dos notas relevantes que actúan como elemento de unificación: carecen de contenido normativo o prescriptivo directo sobre las relaciones de empleo público y tienen como destinatarios a los organismos y órganos propios de unas determinadas estructuras administrativas, aunque ocasionalmente pueden trascender dicho ámbito y afectar directamente a los empleados públicos y a los ciudadanos. Dichas notas características conllevan el resultado último de que no afectan directamente a las condiciones de trabajo de los empleados públicos y no vulneran el derecho de negociación. Se trata de directrices, instrucciones y órdenes de servicio por las que los órganos de gobierno y los órganos directivos aspiran a dirigir las actividades de sus organismos dependientes y órganos subordinados.

El fundamento de este tipo de actos hay que encontrarlo en la función ejecutiva propia de los órganos de gobierno en la que deben entenderse comprendidas una serie de facultades que resultan necesarias para la orientación o la aplicación de las potestades públicas⁴⁹⁴. La naturaleza última de estos actos resulta ser con frecuencia esencialmente normativa, una normatividad de rango inferior a la reglamentaria y que se deduce de su objeto limitado a la concreción de lo establecido en la ley y el reglamento, a la elección de una posible interpretación de la ley o del reglamento entre las varias posibles y, en definitiva, a la reducción de la discrecionalidad dejada por las normas de superior rango a los órganos de la Administración. La diferencia entre directriz y circular hay que encontrarla fundamentalmente en su eficacia jurídica⁴⁹⁵. La circular vincula la conducta de los órganos a los que va dirigida de forma que todo incumplimiento por sus receptores da lugar a la correspondiente responsabilidad disciplinaria, mientras que la directriz, formulada siempre en términos más amplios como

⁴⁹⁴ Una razonable explicación de los fundamentos últimos de la potestad de dictar circulares o instrucciones vinculantes, en MOROTE SARRIÓN, José Vicente. *Las circulares normativas de la Administración pública*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2002, p. 228-239.

⁴⁹⁵ MOROTE SARRIÓN, José Vicente. *Las circulares normativas de la Administración*, *ob.cit.* p. 200-228.

norma de orientación, aparece dotada de una obligatoriedad condicionada, en el sentido de que los comportamientos previstos por dichas directrices resultan ser de obligado cumplimiento siempre que no se pruebe la oportunidad o conveniencia de su dispensa⁴⁹⁶. El procedimiento de elaboración de este particular tipo de actos se rige por el principio de informalidad. Para la emanación de circulares interpretativas y reductoras de la discrecionalidad no son precisas, de manera general, especiales formalidades. De hecho no existe un único procedimiento de elaboración de estas disposiciones sino que este se modula en función de los órganos sobre quienes recae la potestad de aprobación de este tipo de disposiciones y en función de la materia sobre la que se incide. Ello no ha impedido a nuestra doctrina judicial reconocer la normatividad ínsita en las disposiciones internas de carácter interpretativo o que reproduzcan normas anteriores, con variaciones no sustanciales, dictadas sin seguir el procedimiento de elaboración de reglamentos⁴⁹⁷.

El fundamento último de la no necesidad de negociación de estos actos se encuentra por nuestra doctrina judicial en su relación con la potestad jerárquica, un aspecto que abordaremos con mayor profundidad en la última parte de nuestro trabajo. Las disposiciones normativas que denominamos circulares e instrucciones son aquellas directivas de actuación u órdenes generales que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico y que, como manifestación de la jerarquía administrativa, están dirigidas a órganos que se encuentran en una relación de esta naturaleza respecto de quien las imparte. A partir de aquí se considera pacífica la interpretación que mantiene que las instrucciones y circulares cursadas por las autoridades administrativas son en principio una manifestación de la potestad de dirección jerárquica, no decayendo este carácter más que en el supuesto que establezca derechos y deberes para los particulares, en cuyo caso debe dárseles el tratamiento de reglamento y entenderse que se encuentran sometidas a las normas que rigen la elaboración de disposiciones de carácter general⁴⁹⁸.

De ahí que se haya podido afirmar que las circulares e instrucciones constituyen disposiciones y resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de la organización administrativa con base al principio de jerarquía administrativa que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto directrices no incluíbles en el ejercicio de la potestad reglamentaria.

⁴⁹⁶ Tal como se dice en MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo. *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*. Madrid: Civitas, 1993, p. 54.

⁴⁹⁷ Tal como se puede ver MOROTE SARRIÓN, José Vicente. Las circulares normativas de la Administración, *ob.cit.*, p. 265-271.

⁴⁹⁸ STS de 9 de mayo de 2007, ROJ: STS 3095/2007.

Esto último comporta que, cuando la decisión tenga como únicos destinatarios a los subordinados del órgano administrativo o a órganos y unidades administrativas dependientes, y exteriorice por ello pautas para la futura actuación administrativa que dichos subordinados hayan de realizar, habrá de admitirse que lo que se está dictando no es un acto normativo con eficacia externa sino una instrucción u orden de servicio. En este segundo caso se tratará de simples directrices de actuación, dictadas en ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuras decisiones administrativas⁴⁹⁹.

En todo caso, el aspecto clave de la cuestión resulta ser aquí el contenido y los destinatarios del acto interno. Lo que releva del deber de negociar es la carencia de contenido normativo del acto mismo y su ámbito de afectación que comprende única y exclusivamente a los responsables de los distintos departamentos y unidades para que puedan organizar y realizar su actividad, comprendida la prestación de los correspondientes servicios, lo que sin duda responde al ejercicio de una potestad de organización que queda excluida, por naturaleza, de la necesidad de negociación⁵⁰⁰.

Corresponde pues a la Administración en función de sus potestades de organización, utilizando su poder jerárquico, emitir las circulares e instrucciones necesarias para ejecutar las leyes, los reglamentos y los mismos acuerdos colectivos, facilitando la planificación y la gestión de los servicios a través de actos carentes de contenido normativo, que por sus sustancia misma no deberían innovar ni modificar las condiciones de trabajo de los empleados públicos, lo que justifica su exclusión de la obligatoriedad de la negociación⁵⁰¹.

⁴⁹⁹ Tal como se dice en el ATS de 3 de diciembre de 2009, ROJ: ATS 16790/2009; y en el ATS de 10 de octubre de 2013, ROJ: ATS 9490/2013, que versan sobre resoluciones de la Secretaria de Estado de Hacienda y Presupuestos, por las que se dictaron instrucciones en relación con las nóminas de los funcionarios, en los que se concluye que las mencionadas instrucciones únicamente persiguen una finalidad orientadora de la actividad de los órganos jerárquicamente subordinados a efectos de confeccionar las nóminas de los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración careciendo por ello de carácter normativo, limitándose a aplicar estrictamente lo dispuesto en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

⁵⁰⁰ Tal como se dice en las SSTSJ de Madrid de 26 de enero de 2011, ROJ: STSJ M 3497/2011; y de Madrid de 21 de septiembre de 2012, ROJ: STSJ M 1286/2012, con relación a las instrucciones y circulares dictadas por el Coordinador General de Seguridad del Ayuntamiento de Madrid para ordenar el tiempo de trabajo y el disfrute de las vacaciones del personal del cuerpo de la policía municipal de Madrid.

⁵⁰¹ La STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2013, JUR/2013/113734, resulta ciertamente relevante para este tipo de distinción cuando advierte que: “la Orden de Servicio objeto de recurso ni fija calendario laboral alguno, ni determina horarios o jornada de trabajo, ni establece días de vacaciones o permisos. La misma se limita, por el contrario, a cuestiones tales como determinar las fechas con anterioridad a las cuáles han de estar fijados los turnos de vacaciones, forma de tramitar las correspondientes solicitudes de las mismas, así como de los permisos por días de libre disposición o asuntos particulares y por otro tipo de ausencias”.

Pero si dichas disposiciones internas inciden sobre las condiciones de trabajo alterando los derechos y obligaciones de los funcionarios, entonces resulta preceptiva la negociación. Es decir, si una circular o instrucción de servicio modifica las condiciones de trabajo de los funcionarios, con independencia de su naturaleza jurídica resulta preceptiva la pertinente negociación⁵⁰². De la misma manera, una circular o instrucción dada que incumpla un acuerdo colectivo y que no se ajuste a la correcta ejecución del mismo supone una vulneración contraria a su eficacia jurídica y garantía de su cumplimiento que merece la sanción de su anulación⁵⁰³.

Por tanto, parece que hay que concluir que las circulares e instrucciones normativas o interpretativas que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios están sujetas a la obligación de negociar con independencia de su carácter doméstico y de que las mismas se dicten como orientaciones que tienen como destinatarios últimos los correspondientes departamentos y unidades administrativas. Aquí, el factor fundamental resulta ser la afectación de la esfera jurídica de los empleados públicos. Es más, conviene enfatizar el hecho de que las materias objeto de negociación obtiene su delimitación última en razón de la función que haya de verse implicada en la actividad de la Administración. En base a este razonamiento, puede defenderse que el establecimiento de determinados criterios o directrices ha de ser objeto de negociación básicamente porque en ello consiste el ejercicio del derecho, tal como se ha advertido anteriormente. Cuestión distinta es que se excluyan de la negociación aspectos concretos y puntuales de carácter ejecutivo y naturaleza operativa que permiten a la Administración aplicar las pertinentes normas jurídicas y los acuerdos colectivos.

⁵⁰² Como se advierte en la STSJ de las Islas Baleares de 10 de junio de 2003, JUR/2003/247257.

⁵⁰³ En este sentido, la STS de 29 de enero de 2007, RJ/2007/833.

PARTE CUARTA
LAS MATERIAS EXCLUIDAS DE LA NEGOCIACIÓN

1. Introducción

Se ha dicho que la negociación colectiva es una institución que presenta diversas facetas y perspectivas para el análisis jurídico. La primera contempla la norma colectiva como un instrumento de determinación de las condiciones de trabajo. La segunda analiza el convenio colectivo desde el prisma estricto de la libertad sindical, es decir, como una actividad de las representaciones que contribuye a la defensa y promoción de los intereses sociales que les son propios. La tercera sobre los instrumentos colectivos es la del ejercicio de los poderes de organización y dirección que se consideran propios de las posiciones empresariales y la defensa de los derechos de terceros que pueden quedar afectados por las normas colectivas⁵⁰⁴. El análisis que vamos a desarrollar a continuación corresponde principalmente a la última de las perspectivas señaladas. Se trata de definir el espacio o ámbito del acuerdo colectivo desde la lógica estricta de las materias que no se pueden abordar.

Sin duda se hubiera podido optar por una perspectiva positiva, pero la experiencia enseña que este tipo de análisis presupone en sí mismo un estudio del entero sistema estatutario y de la experiencia negociadora propia de los distintos niveles territoriales en los que puede descomponerse la particular estructura de la negociación colectiva en el empleo público que presenta una realidad muy dispersa, variada y variable. Lo cierto es que contamos con algunos estudios de carácter sectorial y territorial sobre el contenido de la negociación colectiva de los funcionarios que han asumido este riesgo con una diversidad de resultados⁵⁰⁵. Sin embargo, el tema de los límites o las restricciones a la negociación colectiva en el sistema del empleo público es un aspecto que se resuelve en unas breves páginas en los estudios existentes sobre la materia y que aparece como uno de los temas que menor interés suscita en nuestra doctrina. Seguramente no faltan buenas razones que explican esta paradoja en los estudios existentes sobre las normas colectivas en el empleo público. En todo caso es por este terreno poco transitado de los límites materiales de la negociación colectiva por donde va a discurrir el presente estudio que pretende servir de plano o guía para abordar esta cuestión y la de otras materias que guardan una evidente conexión con la misma, como pueden ser el poder de organización y de dirección en el empleo público o la compatibilidad que debería darse entre el ejercicio de derechos por parte de los funcionarios y el ejercicio de derechos por parte de los

⁵⁰⁴ MARTIN VALVERDE, Antonio. “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”. En AA.VV. Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio Sobre la Negociación Colectiva. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993, p. 57.

⁵⁰⁵ Al respecto los trabajos contenidos en PRADOS REYES, Francisco Javier (Coordinador). *La negociación colectiva en los entes públicos de Andalucía*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007.

ciudadanos. Lógicamente un planteamiento de este tipo exige también estudiar la interacción o articulación de la norma convencional con las restantes fuentes y ámbitos de poder que aparecen en el ordenamiento jurídico de nuestra función pública.

El artículo 37.2 EBEP 2015 refiere las materias que: “Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación”. Los ámbitos excluidos son las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica, la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, la determinación de las condiciones de trabajo de personal directivo y la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y promoción profesional.

Si se analiza con detalle la lista de exclusiones se observa que fundamentalmente estas se centran en potestades o poderes genéricos de organizar, dirigir y controlar la actividad de prestación de servicios o en derechos de terceros que se consideran ajenos al ámbito de la negociación como pueden ser los derechos de los ciudadanos, de los usuarios de los servicios públicos o de los directivos públicos.

Dicho planteamiento refuerza la posición que hemos mantenido más arriba entendiendo que las materias excluidas de la obligatoriedad de la negociación no pueden ser objeto de negociación potestativa dada la estricta sujeción de la actividad convencional de las Administraciones a la ley y la evidente división entre materias que han de ser objeto de negociación y las que quedan excluidas de ellas, añadiendo ahora el carácter estrictamente irrenunciable de la potestad de organización, dirección y control de la actividad laboral y la particular índole de la serie de materias exceptuadas de la negociación que están reguladas por normas estrictamente imperativas o que afectan a terceros, como pueden ser las cuestiones relacionadas con los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos o con la particular situación de los directivos públicos profesionales.

2. Potestades de organización y poderes de dirección y control

La letra a) del párrafo dos del artículo 37 EBEP, señala que quedan excluidas de la obligatoriedad de negociar: “Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización”, advirtiendo también de que: “Cuando las consecuencias de las

decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de las condiciones de trabajo con las organizaciones sindicales a que se refiere este Estatuto”.

A su vez, la letra d) del párrafo dos del mismo artículo, también previene la exclusión de la negociación de: “Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica”.

De hecho, los dos preceptos resultan ser la expresión por la que se apartan de la negociación una serie de potestades o poderes sobre las estructuras o las personas que integran o se integran en las Administraciones públicas. A partir de ahí todo lo demás son preguntas. Preguntas que se abren con las dudas que suscita la noción y alcance de lo que pueda comprender la expresión “potestades de organización”, un concepto que no resulta preciso y que tomado desde una perspectiva amplia o estricta puede comprender o no los poderes de dirección y control sobre las personas que quedan excluidos de la negociación incluso en su repercusión sobre las condiciones de trabajo. Tampoco sabemos si el objeto de la negociación son propiamente las decisiones de las Administraciones públicas expresión de sus potestades de organización o más concretamente sus “repercusiones” sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, es decir, esas mismas condiciones de trabajo modificadas o alteradas por una decisión organizativa. También convendrá seguir insistiendo en el mismo concepto de condiciones de trabajo al que ya nos hemos referido y que la norma enuncia como “contempladas en el apartado anterior”, y el grado de modificación o alteración, si se quiere su sustancialidad o no, para que la incidencia de la decisión, es decir su repercusión, haya de ser objeto de negociación.

Hay que tener en cuenta que la expresión potestades de organización posee un indudable carácter ambivalente. Su caracterización está formada por un poder o poderes, las “potestades”, y un objeto, “la organización”. Una potestad ha de consistir siempre en un poder jurídico, con capacidad para proyectar efectos sobre terceros con independencia de su voluntad, lo que presupone una situación de sujeción o subordinación de estos ante el titular de dicha potestad. En todo caso se trata de un poder que se ejerce siempre en interés ajeno y que presupone una situación mixta de poder y deber, o si se quiere una potestad funcional orientada a la satisfacción de interés público que resulta ser la justificación y el fin que presupone su otorgamiento por el ordenamiento jurídico. Corolario de lo anterior es que las potestades, una vez configuradas por

el ordenamiento jurídico, son indisponibles o irrenunciables por su titular, salvo una prescripción precisa y clara sobre este aspecto⁵⁰⁶.

El concepto de organización puede desligarse de la entidad concreta sobre la que se proyecta. De hecho, la organización puede ser definida como una agrupación de medios que se establece intencionadamente para la realización de un fin concreto. Una definición fundada sobre criterios de intencionalidad y finalidad específica que puede utilizarse para cualquier modo de agrupación o sistema social⁵⁰⁷. Más precisamente, se ha dicho que la organización administrativa es la suma de los medios en cada momento disponibles para el despliegue por su titular del ejercicio del poder que tenga atribuido, cuyo objetivo es el establecimiento de un orden en la actuación del poder público a los efectos de conseguir determinados fines con un mínimo adecuado de trabajo y costes⁵⁰⁸. Pero a nuestro entender el concepto de organización puede referirse también a las estructuras objetivas y subjetivas que conforman un determinado aparato. Es decir, en el seno de un determinado sujeto podemos distinguir entre la organización de las estructuras y la organización del trabajo o, si se quiere, de las relaciones de empleo⁵⁰⁹. Más concretamente, puede distinguirse perfectamente entre un margen y una posibilidad de actuación a la hora de crear, modificar o eliminar las estructuras orgánicas y la configuración organizativa de la posición jurídica del personal⁵¹⁰. Por tanto, podríamos diferenciar como objeto de estudio entre la organización de las estructuras públicas y la organización de una determinada función pública como institución y su posterior ordenación en el seno de una determinada estructura, aunque como después advertiremos existen una serie de puntos de entrecruzamiento y necesaria conexión.

De la misma manera, hay que señalar que el poder de organización es un poder sobre las estructuras pero en nuestra teoría jurídica parece ser también un poder sobre las personas que

⁵⁰⁶ Para una caracterización de las potestades administrativas nos remitimos al trabajo de DE LA CUETARA, Juan Miguel. *Las potestades administrativas*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 39-56. También, DE LA MORENA Y DE 3LA MORENA, Luis. “La potestad administrativa: concepto, trascendencia, análisis”. En *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*. 2. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 847-878.

⁵⁰⁷ Tomamos esta conceptualización de MOUZELIS, Nicos P. *Organización y burocracia*. Barcelona, Península, 1978, p. 161-169.

⁵⁰⁸ Dicha definición que se toma de la doctrina alemana se utiliza en PAREJO ALFONSO, Luciano. *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Madrid: IUSTEL, 2009, p. 23.

⁵⁰⁹ En otros términos, la “organización de los servicios” y la “organización de la gestión de las relaciones de empleo”, tal como se dice en CERBO, Pasquale. *Potere organizzativo e modello imprenditoriale nella pubblica amministrazione*. Padua: CEDAM, 2007, p. 7

⁵¹⁰ De hecho, la STC 293/1993, de 18 de octubre, nos dirá que las Administraciones públicas: “disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio”.

las integran como medios propios o medios personales de las mismas. Aquí conviene matizar. De hecho, cabe el planteamiento inverso y entender la potestad de organización como una expresión de la facultad de dirección de la Administración que corresponde a los órganos de gobierno por imperativo constitucional⁵¹¹. También podríamos manejar indistintamente los conceptos de poder de organización o poder de dirección como se hace en nuestro derecho del trabajo y desglosarlos en una multiplicidad de funciones como pueden ser las de planificación, investigación, coordinación, información, reglamentación, emisión de órdenes o mandatos concretos e imposición de sanciones para mantener la disciplina de trabajo⁵¹².

Sin embargo, se puede y se debe deslindar el poder de organización del poder de dirección⁵¹³. El poder de dirección, en su acepción más técnica, ha de referirse única y exclusivamente a un potestad interna sobre las personas y debería concretarse en una capacidad de especificación de la prestación ínsita en la relación de servicios y en una facultad de modificación de sus condiciones de trabajo para su adaptación a las necesidades de la organización, aunque puede llegar a extenderse también a los poderes de control y supervisión de la prestación de servicios y a la aceptación por el trabajador de una particular “cultura” empresarial⁵¹⁴. De esta forma el poder de dirección se aproximaría más a una derivación del poder jerárquico, de la jerarquía sobre las personas, que se entendería fundamentado en un modo específico de subordinación

⁵¹¹ CERBO, Pasquale. Potere organizzativo e modello, *ob.cit.*, p. 166-168.

⁵¹² Tal como se hace en DE LA VILLA GIL, Luís Enrique. “El concepto de empresario-empendedor en Derecho de Trabajo”. En *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivos de su jubilación*. (Coordinador BLASCO PELLICER, Ángel). Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 21.

⁵¹³ El poder de organización se concebiría como el poder de definición de las formas jurídicas que determinan la “constitución” de la entidad que ha de actuar como empresario, decidiendo sus reglas de gobierno y articulación interna y también el estatuto de sus socios y dirigentes, un poder pues que se situaría a caballo entre el derecho de sociedades y el derecho del trabajo que se refiere a las relaciones directivas. Un planteamiento sugerente tendente a diferenciar los modos de ejercicio del poder de organización y del poder de dirección se puede ver en VERNAC, Stéphane. “Le pouvoir d’organisation au croisement du droit du travail et du droit des sociétés”. *Centre de droit compare du travail et de la sécurité sociale*. Bordeaux: Université de Bordeaux, 2014, p. 10.

⁵¹⁴ Una noción jurídica del poder de dirección sería la de su consideración como un instrumento o potestad a través de la cual el titular de la empresa o la persona en la que este delega concreta la prestación debida por el trabajador y el modo de desempeñarla a fin de que la actividad económica sea llevada a buen término, tal como se señala en MORATO GARCÍA, Rosa María. *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. Granada: Comares, 2011. Sobre el ámbito propio del poder de dirección y la necesidad de su conceptualización como una facultad diferenciada siguen vigentes las reflexiones de ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992, p. 105-109. La consideración del control y vigilancia del trabajo como una manifestación del poder directivo empresarial y el efecto que conlleva para los trabajadores su inserción en una específica organización empresarial regida por una determinada cultura de la que también derivan específicas obligaciones de colaboración de los trabajadores basadas en la compartición de principios, valores y conductas establecidos por el empresario, en MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”. En *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales* SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (Directores). Navarra: Aranzadi, 2011, p. 35-49.

que resultaría ser una consecuencia última de la relación de empleo entre una Administración y sus funcionarios.

Por consiguiente conviene diferenciar entre esas distintas posibilidades de conceptualización de la potestad de organización y de la potestad de dirección para plantearnos la prosecución de nuestro análisis en base al itinerario siguiente:

a) En un primer momento habrá que analizar la propia noción de potestad intrínsecamente organizativa dirigida a la configuración de las estructuras internas de la propia Administración y de sus servicios.

b) En un segundo momento deberemos intentar definir qué comprende el concepto organización de la función pública y la configuración que pueden adoptar las facultades de ordenación de dicha institución en el seno de una particular estructura organizativa.

c) Una vez identificadas las potestades de organización, podremos entrar en el análisis de los diferentes instrumentos dirigidos a materializar la potestad de organización de la Administración sobre sus empleados públicos.

d) Un paso más supondrá la incidencia de las potestades de organización sobre las posibles condiciones de trabajo donde resultarán esenciales las condiciones que pueden considerarse a estos efectos y el grado de repercusión o afectación que se considera necesario para que pueda considerarse o no su necesidad de negociación.

e) Por último, habrá que conceptualizar las potestades de dirección y control sobre las personas, para lo que resultará un referente ineludible la doctrina existente sobre el poder de dirección en la relación empresarial y su posible consideración o no como una parte integrante del poder jerárquico.

3. Las potestades directamente organizativas

Todo estudio sobre la potestad de organización habrá de plantearse de entrada el manejo de la noción y preguntarse a continuación sobre las formas y el ámbito de ejercicio de dicho poder de organización. En principio, la potestad de organización no es otra cosa que una actividad administrativa tendente a la configuración de las estructuras adaptadas a las circunstancias específicas que demanda la realidad dada para alcanzar de esta manera una determinada eficacia

en la acción pública⁵¹⁵. Dicha actividad resulta ser una expresión de la autonomía política o funcional consistente en la posibilidad de darse y gestionar una determinada forma o modelo de organización⁵¹⁶. La titularidad de esta capacidad está distribuida entre distintos actores y fuentes jurídicas. Dicha facultad se lleva a cabo a través de principios, normas, disposiciones y otros instrumentos jurídicos. El ejercicio de esta potestad se fundamenta en determinados postulados constitucionales que actúan como guía para la disposición de los correspondientes diseños organizativos en base siempre a normas con rango de ley formal, pero la esencia de esta facultad en lo que atañe a las estructuras administrativas hay que situarla en la función ejecutiva reconocida a los órganos de gobierno y de dirección política, aunque compartida aparentemente con el legislativo.

En todo caso, en un sentido propio la potestad de organización es la expresión de un poder que se ejerce en el interior de la propia Administración, es decir, en su ámbito doméstico. El uso propio del vocablo potestad no nos ha de llamar a engaño. La potestad de organización es en último término la capacidad que detenta un sujeto para darse unas determinadas estructuras y ordenarlas a través de una serie de normas, disposiciones y actos que resultan ser la expresión de una genérica actividad de organización propia de todo sujeto institucionalizado. De hecho se afirma que la potestad organizativa esta esencialmente repartida entre la práctica totalidad de los niveles de gobierno y entre las distintas Administraciones públicas, a las que el ordenamiento reconoce un notable margen de discrecionalidad para adaptar sus estructuras a las necesidades funcionales de los servicios públicos. Por tanto, la actividad de organización sería en definitiva la expresión de un poder administrativo que puede ser reconocido sin una particular dificultad a todas las personas jurídicas de naturaleza pública que resultarían, en principio, titulares del mismo⁵¹⁷.

Sin embargo, hay que tener muy presente que nuestro derecho ha construido las categorías jurídicas propias de la organización en base a la configuración de los aparatos públicos como

⁵¹⁵ Desde una perspectiva meramente referencial una buena conceptualización de lo que pueda ser la potestad de organización la encontramos en el artículo 6 de la Carta Europea de Autonomía Local, que la define como el poder de establecer las estructuras administrativas internas con las que pretende dotarse una entidad local, con objeto de adaptarlas a las necesidades específicas y a fin de permitir una gestión eficaz.

⁵¹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano. "La potestad de autoorganización de la Administración Local". *Documentación Administrativa*. Nº 228, 1991, p. 15-16, definirá la potestad de organización como un poder de determinar y configurar la estructura de gobierno y administración, tanto directa, como indirecta o instrumental, una potestad que ha de moverse dentro de un marco constitucional y legal. Al respecto, no estará de mas recordar que la potestad de autoorganización se reconoce a los entes locales como una manifestación propia de su autonomía en el artículo 4.1.a) LRRL.

⁵¹⁷ Tal como se dice en CAVALLO, Bruno. *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*. Milán: Giuffrè Editore, 2005, p. 381.

sujetos capaces de decidir y actuar externamente incidiendo de una manera real sobre los ciudadanos pensando en asegurar el normal funcionamiento de los servicios y la corrección jurídica de las decisiones administrativas. De hecho las formas organizativas como pueden ser la unidad, el órgano o la persona jurídica se han diseñado para actuar en el tráfico jurídico. La preocupación doctrinal sobre la organización se ha orientado siempre hacia la cuestión de la imputación a la persona jurídica de una decisión administrativa producida por intermediación del órgano a través de los actos de las personas físicas que lo invisten y recubren, garantizándose la necesaria unidad de acción mediante el principio de jerarquía. Sin embargo, los aspectos internos del actuar de la organización personificada son muy escasamente tratados en los estudios existentes sobre estructuras administrativas. Así, el derecho de la organización se limita prácticamente a la dimensión estructural o institucional y, por tanto, al momento estricto de disposición del aparato público⁵¹⁸.

Se minusvalora pues el estatuto jurídico de las relaciones internas de los componentes o miembros de los órganos y unidades administrativas, olvidando aquellas reflexiones más antiguas en las que se advertía de que el principio de jerarquía resultaba ser básicamente un principio de vinculación entre órganos con relevancia externa fuera de la organización administrativa pero que carecía de dimensión para explicar el actuar interno, señalándose al respecto que el principio que vincula el órgano externo con su sistema interno no es el de jerarquía sino el de dirección, debiendo distinguirse, por ello, el deber funcional, que surge de las relaciones orgánicas, del deber personal o de obediencia y subordinación, que surge de la relación de servicio⁵¹⁹.

Lógicamente, si la preocupación que vehicula el estudio del derecho de la organización administrativa es la intervención del poder público en el tráfico jurídico, no es de extrañar que el debate se traslade rápidamente al carácter jurídico del derecho de la organización y a la vinculación de la disposición de las formas de la organización al principio de legalidad.

El ejercicio de las potestades de organización se sujeta a una normativa básica representada por el artículo 103.1 CE que regula los principios que deben regir el actuar de las Administraciones, y por el artículo 103.2 CE, que reserva a la ley la creación de los órganos de la Administración, preceptos que actúan a modo de fundamento de un sistema administrativo que encuentra en la

⁵¹⁸ Una acertada reflexión crítica sobre estos aspectos se puede ver en PAREJO ALFONSO, Luciano. Organización y poder de organización, *ob.cit.*, p. 26-30.

⁵¹⁹ GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Principios jurídicos de la organización administrativa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 208-210.

ley general que regula el régimen jurídico de todos los entes y órganos que componen el sector público los elementos estructurales y esenciales de la organización administrativa, aunque lo cierto es que las potestades de organización más incisivas se suelen ejercer mediante normas reglamentarias o decisiones de carácter no normativo propias del ejecutivo⁵²⁰.

En materia de organización administrativa, el artículo 103.2 CE recoge una reserva general de ley al establecer que los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados “de acuerdo con la ley”. Esta expresión parece remitir a la regulación del rango legal de los elementos básicos o esenciales de la organización de las Administraciones que se reúnen bajo la expresión “régimen jurídico de las Administraciones públicas” que contiene el artículo 149.1.18 CE para afirmar la competencia estatal en esta materia. Con todo, la expresión arriba mencionada permite al legislador que habilite a la Administración para el desarrollo y el complemento de sus determinaciones en una materia que se considera esencialmente reglamentaria para poder adaptar la organización administrativa a las cambiantes circunstancias económicas y sociales. De hecho sucede que esta reserva de ley resulta ser más aparente que real; en la práctica raramente la Administración es organizada internamente con normas con rango de ley. La operatividad de la reserva de ley mencionada se reduce en nuestro ordenamiento a la disposición de una ley general sobre el régimen jurídico de las organizaciones del sector público, que encuadra las condiciones de creación de unidades, órganos y organismos públicos, y a la exigencia de una ley específica para instituir un concreto organismo público. A partir de ahí serán las normas reglamentarias las que acaben regulando el complejo entramado de órganos y unidades que articulan internamente una organización administrativa⁵²¹.

Es por ello que se ha subrayado la estrecha imbricación funcional de esta potestad con la posición y el cometido constitucional del Gobierno que a tenor del artículo 97 CE dirige la Administración, ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Así pues se ha podido afirmar, sin descartar la prevalencia formal de la ley, la pertenencia de la potestad organizativa al Gobierno, en cuanto implícita, por inscrita, en la actividad ejecutiva y de dirección política; actuación que ha de servir, desde la legalidad, con objetividad y eficacia, a la realización del interés general. Dicha pertenencia presupone la habilitación al ejecutivo para adoptar por sí mismo decisiones organizativas en la medida en que no invada campo alguno reservado a la

⁵²⁰ Al respecto, MUÑOZ MACHADO, Santiago. Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo III. Madrid: IUSTEL, 2009, p. 630.

⁵²¹ Lo que por cierto sucede también en otros ordenamientos como se puede ver para Italia en CAVALLO, Bruno. Teoria e prassi della pubblica organizzazione, *ob.cit.* p. 61-63

ley, dichas decisiones no estén adoptadas ya por ley o no exista cualquier otra limitación constitucional o legal⁵²².

Los principios contenidos en el artículo 103.3 CE, a los que deben adecuar las Administraciones públicas su estructura y actuación, han de servirnos también para explicar los fines últimos a los que debería responder el ejercicio de la potestad organizatoria. En todo caso, conviene advertir de que dicho precepto se abre con el establecimiento de una estrecha vinculación entre la Administración y el servicio a los intereses generales. La Administración sirve a los intereses generales; se establece así una directa relación entre la estructura organizativa y la satisfacción de los intereses generales. A partir de ahí, el precepto mencionado se refiere específicamente a la objetividad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. Algunos de estos principios como pueden ser los de objetividad, eficacia o coordinación se refieren al buen funcionamiento de la Administración, mientras que otros como la jerarquía, la descentralización o la desconcentración son principios organizativos comunes a las estructuras públicas y privadas.

Sin embargo, estas distinciones han de manejarse con prudencia. Sin duda principios rectores que rigen la actuación administrativa como el de servicio a los intereses generales, la objetividad o la eficacia acaban teniendo una clara proyección sobre el modelo de organización que puedan establecerse para garantizar adecuadamente la producción de las decisiones administrativas o una serie de prestaciones públicas potencialmente universales y muy intensivas en el empleo de recursos⁵²³. Es más, de hecho la identificación de la Administración

⁵²² Planteamiento que tomamos de PAREJO ALFONSO, Luciano. Organización y poder de organización, *ob.cit.*, p. 95-96. En nuestro derecho, el artículo 57 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, previene que el número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los Ministerios y las Secretarías de Estado se establecen mediante Real Decreto del Presidente del Gobierno, advirtiendo el artículo 59 del mismo texto legal que las Subsecretarías, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales, y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, señalando también que los órganos de nivel inferior a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por orden del Ministerio respectivo, previa autorización del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas; finalmente, el mismo precepto determina que las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo. La consecuencia de todo ello es que la organización departamental se establece a través de los diferentes Decretos orgánicos y órdenes ministeriales de estructura interna, tal como viene sucediendo desde antes de nuestra transición democrática, como puede verse en RIVERO YSERN, Enrique. “Potestad organizatoria y actividad organizativa”. *Documentación administrativa*. Nº 153, 1973, p. 34.

⁵²³ La relación entre disposición de medios públicos, fines de transformación social de rango constitucional y criterios de eficacia, igualdad y justicia en la producción y asignación de utilidades públicas se recalca en VAQUER CABALLERO, Marcos. “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Nº 186, 2011, p. 96-98. La relación entre los principios del artículo 103.1 CE y los parámetros esenciales de lo que pueda ser una buena administración racionalmente estructurada, se puede ver MELLADO RUIZ, Lorenzo. “Anotaciones críticas sobre la posible existencia de un derecho a la “buena”

pública con el servicio a los intereses generales en base a una gestión eficaz aparece como justificación última de la potestad de organización. Es más, el principio de eficacia entendido como un cauce genérico de adecuación de los servicios a las necesidades de los ciudadanos, resulta ser la razón primera y última de toda organización pública. Es por eso que la potestad de organización permite a la Administración disponer los servicios en la forma que estime más conveniente para su mayor eficacia sin trabas derivadas del mantenimiento de formas de organización que hayan podido mostrarse menos adecuadas para la satisfacción de ese mandato. Sobre estos antecedentes, el principio de eficacia opera como sustrato fundamental de la decisión organizativa, presidiendo lo que es previo a la actividad administrativa, la organización y, en consecuencia, el aparato burocrático, o, dicho de otro modo, el régimen de la función pública⁵²⁴.

El campo estricto de lo que pueda ser el ejercicio de la potestad de organización como actividad pública puede responder a la tipología siguiente:

a) Existencia o, en su caso, creación de órganos y organismos, con señalamiento de su denominación, pudiendo incluirse o no su caracterización institucional (tipo de órgano o ente, denominación, sede, territorio, composición, estructura y régimen jurídico básico), e incluso la determinación de su función o funciones y competencias, con lo que se puede entender que se exija la conformidad a la ley general de dichos actos, o se les reserve incluso a la ley formal, cuando se refiere a determinadas tipos de entidades públicas. En todo caso, debe incluirse aquí el tipo de acto que en sentido contrario al de creación pueda corresponderse como es el de la extinción o disolución, representando la transformación o la fusión decisiones de carácter intermedio⁵²⁵.

b) Caracterización institucional y régimen del órgano o del organismo; aquí entraría como ya se ha dicho el carácter del órgano o el tipo de ente; su denominación, circunscripción territorial y sede; su posible personificación o no y, en su caso, grado de autonomía; su fórmula de integración o relación con la organización a la que pertenezca; su estructura fundamental y el régimen jurídico básico de su funcionamiento y actividad, así como sus relaciones con otros

organización administrativa". En *El nuevo derecho administrativo. Libro Homenaje al Prof. Enrique Rivero Ysern*. AA.VV. Salamanca: Ratio Legis, 2011, p. 346-353.

⁵²⁴ La reflexión en LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. "Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública". *Revista de Administración Pública*. Nº 164, 2004, p. 331-348.

⁵²⁵ El artículo 91.1 LRJSP reserva a la ley la creación de organismos públicos, no así la extinción o disolución de los mismos que puede adoptarse por acuerdo de Consejo de Ministros, como se señala explícitamente en los artículos 94 y 96 LRJSP. Igualmente conviene recordar la posibilidad de creación de sociedades mercantiles o fundaciones que únicamente demandan la autorización del Consejo de Ministros.

órganos y entidades. En este punto pueden producirse una serie de entrecruzamientos con aspectos relativos a los medios personales como pueden ser la determinación de sus órganos directivos, la definición del régimen jurídico del personal o la manifestación de las peculiaridades propias de su particular modelo de gestión de recursos humanos.

c) Conformación de la función o funciones del órgano o del ente y asignación de competencias al órgano o ente.

d) Definición de la estructura interna del órgano o ente y determinación de los elementos organizativos básicos estructurados en una diferenciación o desagregación interna comprensiva de órganos y unidades con señalamiento de sus respectivas atribuciones y tareas.

e) Atribución de medios personales, materiales y económicos del órgano o del ente⁵²⁶.

En todo caso este planteamiento refiere a una actividad gestionada por la Administración que se proyecta sobre sí misma para la dotación de sus propias estructuras, constituyendo la potestad organizativa en su sentido más propio y estricto. De hecho, en nuestra doctrina la problemática de la organización viene reconducida al tema de la creación, configuración, modificación y extinción de estructuras públicas. Pero dicho planteamiento obvia una serie de cuestiones que tienen un indudable interés desde la perspectiva última de las potestades discrecionales que se establecen para definir la estructura y la actividad de nuestros medios de gestión pública. En este sentido hay que tener en cuenta la multiplicidad de sujetos y de actividades que pueden darse entre los diversos ámbitos de policía, fomento y servicio público con los que tradicionalmente se ha caracterizado la acción pública. Aquí resulta fundamental distinguir entre competencia, actividad efectiva y organización o disposición de medios. En este sentido, hay que recordar que a la hora de definir el ámbito de actuación de un ente público la legislación utiliza principalmente el término de competencia, unas veces como sinónimo de habilitación para ejercer actividades y prestar servicios, y otras en un sentido de determinación de

⁵²⁶ Seguimos en estas líneas la tipología formulada por PAREJO ALFONSO, Luciano. Organización y poder de organización, *ob.cit.*, p. 83-88. De forma más esquemática se nos dirá que las normas de organización pueden cumplir las siguientes funciones: a) Crean, modifican y suprimen las estructuras administrativas (entes públicos y órganos) o garantizan su existencia; b) regulan la naturaleza, características y composición interna de cada una de esas estructuras y la designación de sus titulares; c) conforman la capacidad jurídica de cada entidad administrativa, definiendo sus fines, y distribuyen las competencias administrativas entre todas ellas y entre sus órganos; d) ordenan las relaciones entre las distintas Administraciones públicas y entre los órganos que la componen; e) contienen las reglas de funcionamiento y sobre la formación de la voluntad de los órganos colegiados, así como sobre la intervención de diferentes órganos o entidades en el proceso de adopción de las decisiones y en su ejecución y control interno; f) atribuyen medios personales, materiales y financieros a las distintas estructuras administrativas; esta propuesta en SÁNCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 10ª Edición, 2014, p. 227-228.

obligaciones y deberes concretos que cumplir, incluyendo una atribución expresa de servicios que obligatoriamente han de constituirse y prestar en favor de la población. Por tanto, la ley puede enumerar directamente una serie de prestaciones que han de constituirse obligatoriamente como servicios⁵²⁷. Pero también dentro del ámbito de sus competencias un ente puede asumir la responsabilidad de la prestación de una determinada actividad o su articulación en régimen de servicio público. Es decir, en el marco de sus competencias, un determinado nivel de gobierno decide asumir como responsabilidad propia la garantía de una determinada prestación o la estructuración de un determinado servicio a favor de todos sus ciudadanos en base a criterios de generalidad, igualdad, condiciones de continuidad y regularidad⁵²⁸.

Será en un segundo momento, posterior a la existencia de una prestación o de un servicio público, cuando quien asume la actividad que conlleva el mismo desde una perspectiva efectiva decida la forma directa o indirecta de gestión a través de la disposición de una determinada organización o la celebración de un contrato. A partir de ahí habrá que reconocer a los diferentes entes dotados de autonomía suficiente capacidad para escoger cómo ejercerán sus competencias y prestaran sus actividades y servicios, es decir, habrá que reconocerles capacidad para determinar los modos y las formas en que se gestionarán los servicios públicos necesarios para la satisfacción de los intereses generales⁵²⁹. Aquí resulta de interés advertir de que las leyes autorizan a optar por la organización de la prestación de un servicio a través de una serie de categorías de gestión directa e indirecta, lo que comporta la posibilidad de acudir a modos completamente públicos, mixtos o privados, recurriendo a la llamada colaboración de la iniciativa privada para la gestión de los servicios públicos.

⁵²⁷ De acuerdo con MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. *Los servicios públicos locales: Concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona: Bayer, 2007, p. 61-62, desde una perspectiva objetiva la actividad de servicio público se caracteriza, en síntesis, por: a) Tratarse de una actividad técnica, de manera que las prestaciones que recibe el usuario son identificables materialmente con una prestación; b) reportar utilidades a sus destinatarios, los usuarios, que ven satisfechas sus necesidades; c) configurarse de acuerdo con un criterio de universalidad o generalidad, y con observancia, en términos generales, del principio de igualdad; d) prestarse en unas condiciones de continuidad y regularidad lo que da lugar a un régimen jurídico protector.

⁵²⁸ Seguimos en estas líneas a MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. *Los servicios públicos locales*, *ob.cit.* En un sentido más dinámico: TORNOS MÁS, Joaquín. “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”. En *El cronista del Estado social y democrático de derecho*. N° 58-59, 2016, p. 35-37.

⁵²⁹ Ejerciendo al respecto una potestad discrecional vinculada al mejor servicio posible al interés general y a la buena administración, tal como se advierte en PONCÉ SOLÉ, Juli. “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”. *Cuadernos de Derecho Local*. N° 40, 2016, p. 81-84.

Desde esta perspectiva es evidente que en una expresión acertada el derecho de organización es también el derecho de los modos gestores⁵³⁰. La actividad de organización se extiende válidamente a la decisión de calificación de una determinada actividad como prestación de servicio público, a lo que podrá procederse siempre que guarde relación con el conjunto de competencias asignadas por la ley. Igualmente la capacidad de organización ampara también la elección de la forma de gestión, con inclusión de la determinación del modelo organizativo a través del cual se gestionará la actividad o servicio, que se habrá de considerar como el más adecuado para el necesario cumplimiento de los deberes constitucionales y legales, respetando siempre los tipos generales definidos por las disposiciones más generales habilitadas directamente por la ley⁵³¹.

En todo caso, el poder de organización se concreta en este supuesto en la adopción de una serie de decisiones que han de diferenciarse de una manera precisa. Una cosa es decidir qué actividades han de recibir el calificativo de servicio y requieren una estructura o instrumento idóneo para su ejecución; a partir de ahí habrá que concretar si la forma más adecuada de prestación requiere una gestión directa o indirecta; a su vez esta elección se traducirá en la determinación del modo concreto a través del cual se gestionará el servicio en base a un listado de modelos organizativos y técnicas contractuales tipificadas por las normas jurídicas. Con todo, la declaración expresa de una actividad como prestación o servicio público y la elección de sus formas y modos de gestión constituirá siempre una manifestación propia del ejercicio de la potestad de autoorganización⁵³². Otra cosa es que dicha decisión venga limitada por determinados principios jurídicos como pueden ser los de eficacia y economía, y la obligada observancia de una serie de reservas de administración o gestión directa para aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad⁵³³.

En otro orden de consideraciones conviene advertir de que la potestad de organización se extiende también al ámbito de las relaciones interadministrativas. Aunque la hipótesis clásica

⁵³⁰ Tomamos la expresión de ALBI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960, p. 24. En la teoría clásica se advierte que organizar es decidir que: “el servicio público sea explotado por la administración directa, por sociedad mixta o por concesión”, tal como se dice JÉZE, Gastón. *Principios generales del Derecho Administrativo*, *ob.cit.*, p. 103.

⁵³¹ La reflexión en PAREJO ALFONSO, Luciano. *La potestad de autoorganización de la Administración*, *ob.cit.*, p. 32-33.

⁵³² Se ha dicho que: “Las formas de gestión son esencialmente, aunque no solo, modalidades de organización, por lo que la decisión de la forma de gestión de un servicio se sitúan en el ámbito de la toma de decisiones de la organización”. La afirmación en MERINO ESTRADA, Vicente. “La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales”. *Revista de Estudios Locales*. Extra, Junio, 2007, p. 115.

⁵³³ Al respecto, la elaborada exposición de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”. En ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*. Madrid: INAP, 2011, p. 69-118.

restringe la potestad de organización al ámbito estático y separado de una determinada “organización pública”, el carácter compuesto del Estado y el pluralismo territorial y administrativo derivado de dicho modelo plantea el problema de la compartición de competencias y de la gestión de las mismas en un cuadro orgánico integrado y coordinado que solo puede obtenerse a través de técnicas convencionales de carácter interadministrativo que ha de situarse en el amplio campo de la organización administrativa. La consecución del propio modelo de Estado descentralizando ha requerido y requerirá complejos procesos de transferencias de competencias o el condicionamiento o la modulación de su ejercicio, procesos que arrastrarán los correspondientes traspasos y asignaciones de medios y servicios. De igual manera, la acción combinada o conjunta de dos o más Administraciones demandará también la disposición de medios de colaboración interadministrativa como pueden ser la delegación intersubjetiva, el convenio o el consorcio administrativo, supuestos todos ellos de ejercicio en común de competencias propias que supondrán el pleno ejercicio de la potestad de organización para la creación de nuevos instrumentos y estructuras organizativas⁵³⁴.

Para terminar esta primera aproximación no estará de más advertir de que en lo que llevamos expuesto hasta el momento existen una serie de entrecruzamientos, o si quiere líneas de conexión entre la potestad propiamente organizativa dirigida a la configuración de las estructuras públicas y las potestades de organización de una función pública o de un sistema de recursos humanos que antes hemos intentado separar.

Esta interconexión se hace patente en dos aspectos esenciales: la asignación de medios personales y la configuración de los puestos de trabajo como unidades de la organización.

Como ya se ha visto, forma parte de la potestad de organización la atribución de medios personales a un determinado órgano o ente. Esa expresión neutra y carente de contenido que no se discute en los estudios clásicos sobre organización plantea una serie de interrogantes de calado en la definición del ámbito de la potestad de organización. En el ámbito privado se considera que forma parte de la libertad de empresa la fijación de las dotaciones de personal y la amortización de vacantes, lo que lógicamente presupone la elección del tipo de contrato entre las distintas formas existentes en la legislación vigente y la indicación de su nivel de

⁵³⁴ El planteamiento de esta visión sobre la potestad de organización en PAREJO ALFONSO, Luciano. La potestad de autoorganización de la Administración, *ob.cit.*, p. 39-41. La idea de una potestad organizativa relacional o convencional propia del federalismo administrativo aparece también en otros ordenamientos jurídicos con Estados compuestos como puede ser el italiano, tal como se puede ver en CAVALLO, Bruno. Teoria e prassi della pubblica, *ob.cit.*, 417-426.

profesionalidad en función del tipo de productos o servicios que haya de producir la organización empresarial⁵³⁵.

Por tanto, parece que en principio deberían considerarse dentro de la potestad de organización los temas más directamente relacionados con el dimensionamiento de la plantilla, la definición de su régimen jurídico, la consideración de los tipos de personal que pudieran considerarse necesarios y la determinación de su clasificación profesional, aspectos todos ellos que guardan una relación directa con los instrumentos de planificación y ordenación del personal existentes en nuestra legislación de función pública para la integración de las estructuras burocráticas de una determinada organización, por lo que postergaremos su estudio a esa parte de nuestro análisis.

El segundo punto de conexión entre los diferentes tipos de potestades existentes se sitúa en el último escalón de la estructura administrativa y alcanza a la creación, definición y modificación de los puestos de una determinada organización que resultan ser una “parte” integrante, incluso orgánica, de la propia Administración y, en tal calidad, ejercientes de “función pública”, es decir, actuantes de las competencias o servicios atribuidas a la organización de la que forman parte.

De hecho, el artículo 5.1 LRJSP señala que tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo, advirtiéndose al respecto que corresponde a cada Administración pública delimitar, en su respectivo ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización. Más concretamente, el artículo 59.1 LRJSP, advierte de que la creación, modificación o supresión de de órganos directivos se lleva a cabo a través de una norma reglamentaria, mientras que los órganos inferiores se pueden establecer mediante una orden o disposición. En cambio, el artículo 59.3 LRJSP previene que las unidades administrativas que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo, una regulación que resulta congruente con la disposición del artículo 56.3 LRJSP, donde se dice que las unidades administrativas se

⁵³⁵ Como se dice en IRURETA URIARTE, Pedro. “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”. *Estudios Constitucionales*. Nº 12, 2013, p. 304-396. Se pueden considerar dentro de una dimensión general o colectiva del poder de dirección las decisiones relativas a las dimensiones de la plantilla, la incorporación a esta de forma directa o a través de procedimientos de externalización de trabajo, la elección de las modalidades contractuales laborales y la clasificación profesional, como puede deducirse del análisis de MORATO GARCÍA, Rosa María. Derecho de resistencia y ejercicio, *ob.cit.*, p. 38.

establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo, que se aprobarán de acuerdo con su regulación específica integrándose en un determinado órgano.

Por tanto, los elementos organizativos básicos, las unidades administrativas, se establecen a través de las relaciones de puestos de trabajo⁵³⁶. A tenor de lo previsto en dicho artículo las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Por tanto, las relaciones de puestos de trabajo parecen actuar como instrumentos que permiten identificar los elementos básicos del sistema de división orgánica, pero también como sistema de división funcional del que se extraen las características y los factores de encuadramiento que permiten clasificar a los empleados públicos. Desde esta perspectiva, el puesto de trabajo y la adscripción al mismo de los empleados públicos es una pieza clave de las estructuras de la función pública, de ahí que hayamos preferido remitir su estudio al análisis que después haremos de los instrumentos de ordenación del personal como vehículos de la potestad de organización.

En esa dirección, conviene advertir de que el artículo 56.2 LRJSP, señala explícitamente que los jefes de las unidades administrativas son responsables del correcto funcionamiento de la unidad y de la adecuada ejecución de las tareas asignadas a la misma. Se configura de esta manera la idea de una jefatura de unidad con capacidad para adoptar decisiones individuales o grupales, que aseguren su funcionamiento. De esta manera viene a reconocerse un poder inherente a la jefatura de una unidad para garantizar su funcionamiento. En este caso la jefatura de la unidad, o si se quiere, la jefatura del servicio, parece suponer un poder de organización que ha de asegurar el buen funcionamiento del mismo⁵³⁷.

No deja de ser pues este precepto una expresión del denominado poder de dirección del servicio, un poder espontáneo, implícito o inherente que recorre la línea jerárquica desde el ministro hasta la última prefectura de unidad, y que comprende la posibilidad de tomar todas las medidas necesarias para el funcionamiento de las estructuras administrativas que resultan dependientes

⁵³⁶ Tal como se ha dicho, el órgano es una especie, mientras que el género es la unidad administrativa, el “elemento organizativo básico”. La idea en JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. “Organización administrativa y relaciones interadministrativas”. *Documentación Administrativa*. Nº 2, 2015.

⁵³⁷ Al respecto nos referimos al trabajo de SCHARTZ, Rémy. “Le pouvoir d’organisation du service”. *AJDA*. Nº especial, 1997, p. 47-48, que acaba definiendo el servicio como un centro administrativo que tenga una misión específica por desempeñar y que requiera al efecto reglas de organización que puedan considerarse propias. Lógicamente este poder de organización se reconoce a los órganos superiores de la estructura administrativa como pueden ser los Ministros y los Secretarios de Estado, se extiende también a los llamados órganos directivos, como pueden ser los Subsecretarios, Secretarios generales, Secretarios generales técnicos, Directores generales y Subdirectores generales, pero en la versión que comentamos dicho poder resulta ser inespecífico, propio también del director de un centro, de una dependencia o de una unidad administrativa, lógicamente limitado al ámbito estricto de su prefectura.

de su autoridad. En su conceptualización originaria, en un sentido amplio, dicho poder comprendería la posibilidad de emitir decisiones generales relacionadas con el orden interior y la organización del servicio, pero también comprendería la posibilidad de adoptar las medidas individuales que se consideraran necesarias para su buen funcionamiento, medidas que podrían afectar a los funcionarios públicos aunque respetando siempre sus derechos estatutarios. En la práctica se trataría de un poder de especificación de las reglas generales a la situación concreta de cada organización y de un poder residual para garantizar el ajuste de los medios personales a las necesidades concretas de una unidad, un órgano o un servicio público⁵³⁸. Lógicamente, planteado de esta manera el poder de organización se confunde con el poder de dirección o el poder jerárquico, por lo que parece más lógico que tratemos del mismo en el apartado que dedicaremos a esta materia.

A partir de lo que llevamos dicho hasta el momento parece que podemos identificar tres expresiones de lo que hemos venido llamando potestades intrínsecamente organizativas, que deberían ser objeto estudio desde el prisma estricto de su consideración como materias que quedan excluidas del objeto del derecho de negociación colectiva.

Dichas materias o ámbitos podrían determinarse de una forma relativamente simple de la manera siguiente:

- a) La creación, transformación y extinción de órganos y organismos públicos.
- b) El establecimiento y la definición de los modos y las formas de gestión de las actividades y los servicios públicos.
- c) La articulación de sistemas orgánicos y técnicas de relaciones interadministrativas.

3.1. Poder de organización, estructuras públicas y negociación

Forzosamente este capítulo ha de iniciarse presentado como evidencia la falta de estudios sólidos de amplia base sobre la estructura interna de nuestras Administraciones públicas. Ello nos va a obligar a elaborar un discurso sobre la problemática que queremos plantear en base a una serie de evidencias que han de ser forzosamente referenciales e incompletas pero que nos

⁵³⁸ Las medidas de simple organización que se consideran no afectan a los derechos estatutarios de los agentes públicos pueden comprender, por ejemplo, la determinación de los horarios del servicio, la organización del trabajo y la especificación de las tareas por cumplir, y la fijación de las condiciones para ausentarse del servicio, tal como se puede ver en SCHWARTZ, Rémy. *Le pouvoir d'organisation du service*, *ob.cit.* p. 50.

han de permitir elaborar una serie de hipótesis en las que podamos sostener un análisis del ejercicio de la potestad de organización en materia de estructuras públicas sobre el que se puedan proyectar las ideas que nos suministran las fuentes jurisprudenciales.

Hay que partir del hecho de que la atribución de la potestad de organización a la Administración y la posibilidad de autoorganizarse resulta expresamente recogida en la legislación positiva que efectúa una remisión concreta al ámbito reglamentario⁵³⁹. De hecho, el artículo 5 LRJSP, nos dice que: “Corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su respectivo ámbito, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización”, advirtiendo también de que la creación de cualquier órgano administrativo exigirá, al menos, el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1) determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica; 2) delimitación de sus funciones y competencias; y 3) dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento, señalándose también que no podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de estos; a ese objeto, la creación de un nuevo órgano solo tendrá lugar previa comprobación de que no existe otro en la misma Administración Pública que desarrolle igual función sobre el mismo territorio y población.

Este mismo precepto introduce una distinción relevante entre lo que puedan ser los órganos y las unidades internas de una determinada estructura organizativa, advirtiendo de que tendrán la consideración de órganos administrativos las unidades administrativas a las que se atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo. Con todo, a nuestro entender se debe distinguir el órgano que actúa como una entidad funcional para el ejercicio de unas determinadas competencias, cuya actuación puede imputarse a la organización, de la unidad administrativa que ha de ser considerada como una parte del órgano⁵⁴⁰. Un órgano puede estar compuesto de distintas unidades administrativas, y de hecho las unidades administrativas han de integrarse en un determinado órgano o han de

⁵³⁹ Tal como se advierte en SOCIAS CAMACHO, Joana M. “Huida del derecho público y racionalización administrativa en el sector público instrumental”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 161, 2014, p. 270.

⁵⁴⁰ Para la identificación de los órganos se manejan aquí unos criterios de carácter formal: “que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo”, lo que parece suponer que la actuación del órgano ha de poder imputarse directamente a la organización y que la “actuación de carácter preceptivo” equivale a una competencia formalmente atribuida relativa a relevantes funciones fundamentalmente de carácter técnico, lo que lógicamente presupone una norma de reconocimiento y atribución; el planteamiento hecho en GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Concepto y principios fundamentales del derecho de la organización*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 51.

constituirse en un órgano administrativo, cuando eso ocurre la identificación de estos órganos que han de representarse como verdaderos centros de articulación funcional a nuestro parecer no han de identificarse a través de las relaciones de puestos de trabajo sino que deben hacerlo a través de su regulación específica. La cuestión nos parece esencial: las unidades administrativas se crean y se reconocen a través de las relaciones de puestos de trabajo, los órganos deberían determinarse a través de las normas de organización que resultan ser las atributivas de competencias, un planteamiento que deberíamos dar por descontado cuando nos referimos a las estructuras de vértice de las diferentes Administraciones públicas, es decir, a los órganos superiores y directivos de las mismas⁵⁴¹.

Esta disposición que tiene carácter básico se ha de complementar con las regulaciones específicas propias de cada nivel territorial. De entrada el artículo 55 de la misma LRJSP advierte de que la organización de la Administración General del Estado responde a los principios de división funcional en Departamentos ministeriales y de gestión integrada en Delegaciones de Gobierno, salvo las excepciones previstas en esta misma Ley, especificando que la Administración General del Estado comprende la Organización Central, que integra los Ministerios y los servicios comunes, la Organización Territorial y la Administración General del Estado en el exterior. Es más, el mismo precepto señala que en la Administración central del Estado puede distinguirse entre órganos superiores y órganos directivos, confiriendo la calificación de superiores a los ministros y secretarios de Estado y la de directivos a los subsecretarios y secretarios generales, a los secretarios generales técnicos y directores generales y a los subdirectores generales. También se advierte de que en la organización territorial de la Administración General del Estado son órganos directivos tanto los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas, que tendrán rango de subsecretario, como los subdelegados del Gobierno en las provincias, los cuales tendrán nivel de subdirector general. En cuanto a la Administración general del Estado en el exterior se consideran órganos directivos los embajadores y representantes permanentes ante las Organizaciones internacionales. La misma disposición advierte de que todos los demás órganos de la Administración general del Estado se encuentran bajo la dependencia o dirección de un órgano superior o directivo.

Lo cierto es que el precepto en cuestión crea una serie de tipos y de niveles que determinan y jerarquizan las estructuras del Estado. En particular, los órganos superiores que llamamos

⁵⁴¹ Con lo que se vendría a admitir que son órganos, los que las normas caracterizan como órganos superiores y directivos, aunque en ocasiones puedan no encajar con el mismo concepto que la ley general establece, al no ejercer funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros ni posea carácter preceptivo su actuación, tal como se dice en GALLEGU ANABITARTE, Alfredo. Conceptos y principios fundamentales, *ob.cit.*, p. 51-52.

ministros y secretarios de Estado se crean y modifican por Real Decreto del Presidente del Gobierno, tal como se dice en el artículo 57.3 LRJSP, mientras que los órganos directivos que llamamos subsecretarías, secretarías generales, secretarías generales técnicas, direcciones generales, subdirecciones generales, y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del ministerio interesado y a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

A partir de ahí, la disposición interna de la organización central del Estado parece moverse entre cuatro distintos niveles de determinación normativa: a) El Real Decreto del Presidente del Gobierno que determina el número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los ministerios y secretarías de Estado. En la actualidad dicho Real Decreto es el 1887/2001, de 30 de diciembre, por el que se establece la estructura orgánica básica de los Departamentos Ministeriales hasta el nivel de dirección general, una norma en la que subraya la necesidad de completar la organización interna de cada Departamento adaptándola a básica desarrollada por dicho Real Decreto; b) Los Reales Decretos por los que se desarrollan las estructuras orgánicas básicas de cada Ministerio en este caso hasta el nivel de subdirección general y que contienen también las adscripciones y dependencias de los distintos organismos públicos⁵⁴²; c) La orden del Ministro respectivo para la concreción de los órganos de nivel inferior a subdirección general, que se puede dictar previa autorización del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas; al respecto, no se conocen órdenes ministeriales que hayan desarrollado la estructura de los distintos departamentos más allá del rango de subdirector general y asimilados, por lo que la calificación de estos niveles jerárquicos parece haberse remitido en exclusiva a las relaciones de puestos de trabajo, d) Las relaciones de puestos de trabajo para la creación, modificación o supresión de las unidades que no tengan la consideración de órganos.

Si comparamos esta serie de determinaciones con las que podemos encontrar en alguna comunidad autónoma veremos, por ejemplo, que el artículo 5 de la vigente Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de Organización, Procedimiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Generalitat de Cataluña (en adelante, LOPRJAGC), establece que los órganos superiores de carácter unipersonal existentes en la Administración de la Generalitat de Cataluña son el presidente y los consejeros y que se consideran altos cargos de la Administración de la

⁵⁴² Tomamos como referencia el Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Generalitat los secretarios generales y los directores generales⁵⁴³. En esa dirección, el artículo 24 del mismo texto legal, considera órganos activos de la Administración de la Generalitat, a los subdirectores generales, los servicios, las secciones y los negociados.

Desde una perspectiva normativa el artículo 9.1 LOPRJAGC prevé que la creación y la determinación del número, la denominación y el ámbito de competencia respectivo de los departamentos en que se estructura la Administración de la Generalitat de Cataluña se establece por decreto de la presidencia de la Generalitat. De hecho, si tomamos como ejemplo el Decreto 2/2016, de 13 de enero, de creación, denominación y determinación del ámbito de competencia de los departamentos de la Administración de la Generalitat de Catalunya, así lo hace pero de una forma ciertamente peculiar. Se limita a crear los correspondientes departamentos y a señalar su ámbito funcional sin concretar los correspondientes cargos que estructuran los centros directivos de la Administración de la Generalitat. Dicha concreción hay que obtenerla de los Decretos de estructura de cada Departamento, por ejemplo, del Decreto 184/2013, de 25 de junio, de reestructuración del Departamento de Gobernación y Asuntos Institucionales, que hay que completar con el Decreto 56/2016, de 19 de enero, de reestructuración del Departamento de Gobernación, Administraciones Públicas y Vivienda, que desarrolla la organización interna de dicho Departamento hasta el nivel de servicio, ignorando el nivel de secciones y negociados previsto legalmente, y dando paso a una nueva lógica organizativa sustentada por unidades denominadas oficinas y áreas funcionales, o por puestos de trabajo singularizados denominados responsables, que en la práctica solo se pueden identificar correctamente a través de la correspondiente relación de puestos de trabajo⁵⁴⁴.

Más compleja resultar ser la situación a nivel local. Como se sabe el artículo 20 LRBRL establece la organización municipal en base al alcalde, los tenientes de alcalde y el Pleno que existen en todos los ayuntamientos, estructura básica que puede complementarse con la Comisión de Gobierno en todos los municipios con población de derecho superior a 5.000 habitantes y en los de menos, cuando así lo disponga su Reglamento orgánico o lo acuerde el

⁵⁴³ Como se puede ver se confunde ahí los órganos con los titulares, gestores o administradores de los mismos, los llamados altos cargos; de la misma manera se omite cualquier distinción entre los niveles superiores y directivos de la Administración pública.

⁵⁴⁴ Así a la estructura orgánica clásica configurada en base a los órganos activos (concretamente, subdirecciones generales, servicios, secciones y negociados), se le contraponen otra estructura que puede calificarse como de plana u horizontal, constituida de acuerdo con lo que dispone la legislación de función pública, en base a puestos singularizados y diferenciados que agrupan funciones profesionales normalmente consideradas de apoyo directo al titular del departamento, al secretario general o a un secretario sectorial; una explicación de las mismas en LÓPEZ JALLE, Víctor. *Anàlisi i formalització de l'estructura organitzativa de l'Administració de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2010, p. 112-121.

pleno del Ayuntamiento, dejando al margen la particular estructura de Comisiones Especiales, que no puede considerarse propiamente Administración ejecutiva.

Aun y así, lo cierto es que el artículo 4.1 LRBRL reconoce a las entidades locales básicas las potestades reglamentarias y de autoorganización y que el artículo 20 LRBRL, previene que los propios municipios en los correspondientes Reglamentos orgánicos podrán establecer y regular otros órganos complementarios. Por lo demás, el artículo 21.1.a) LRBRL atribuye al alcalde, de modo general, la dirección del gobierno y la administración municipal, mientras que el artículo 24 TRRL, le reconoce su capacidad para determinar: “La organización de los servicios administrativos de la Corporación, en el marco del Reglamento orgánico”⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ Poco dicen los reglamentos orgánicos de los municipios de régimen ordinario sobre la organización interna municipal. La mayoría de ellos en el apartado referido a la organización institucional del ayuntamiento suelen distinguir entre los órganos de gobierno y administración, como pueden ser el pleno, la comisión de gobierno, el alcalde, los tenientes de alcalde y los regidores delegados; los órganos complementarios de gobierno y administración, como pueden ser las comisiones municipales informativas y las de investigación, así como la comisión especial de cuentas y, finalmente, la consideración de los órganos de gestión, que en virtud de la autonomía organizativa reconocida en la constitución y en la LRBRL se puedan crear, tal como se puede ver en la estructura del artículo 36 del Reglamento Orgánico del Municipio de Viladecans, disponible en https://www.aj.viladecans.es/files/1625-406_arxiu/reglament_organic_municipi_viladecans.pdf. A partir de ahí el siguiente paso en la organización municipal se da a través de los llamados Decretos de Cartapacio Municipal o Decretos de Delegación de Competencias, donde se delega a los tenientes de alcalde y regidores delegados las correspondientes competencias en base a una configuración por ámbitos de coordinación política que suelen corresponderse con las comisiones informativas que se puedan crear. Ello permite dibujar una mínima estructura del gobierno municipal que se estructura en un listado de áreas, servicios y gabinetes (equivalente a servicio), con la consiguiente asignación funcional, tal como se puede ver en el Decreto de Alcaldía 2/2015, de delegación de competencias y cartapacio municipal del Ayuntamiento de Viladecans de 15 de junio de 2015, disponible en <https://seu.viladecans.cat/Documentacio/Cartpias/Cartipa2015.pdf>. A tener en cuenta también el carácter relativo de las disposiciones en materia organizativa, tal como se puede advertir a través de la observación del Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Cáceres, disponible en https://www.ayto-caceres.es/files/REGLAMENTO_ORGANICO_AYTO_CACERES.pdf, cuyo artículo 144, referido a la organización administrativa, afirmará que la Administración municipal estará estructurada en Servicios distribuidos por razón de la actividad, señalando que el Organigrama Funcional comprensivo de los servicios, será aprobado por el Ayuntamiento Pleno a propuesta del alcalde o alcaldesa, un precepto que hay que combinar con lo reconocido en el artículo 146, donde se dice que la organización de los servicios administrativos a que se refiere el artículo 24.b) TRRL se determinará por el Alcalde o Alcaldesa, en su calidad de Jefe/Jefa Superior de Personal, siempre que no implique modificación de los niveles superiores, de las plantillas de personal, ni de las relaciones de puestos de trabajo; en caso de que suponga modificación de tales instrumentos, se observarán los trámites correspondientes. En todo caso la observación del organigrama funcional del Ayuntamiento de Cáceres, disponible en <https://cacerestransparencia.es/documentos/b525pmbud/ORGANIGRAMA%2502015.pdf>, permite advertir un organigrama en el que se representa una estructura distribuida en áreas, servicios, secciones y negociados, con lo que habría que concluir que las áreas se determinan en función del ámbito de gestión del correspondiente teniente de alcalde o concejal delegado y vienen a corresponderse con las comisiones informativas creadas, los servicios a través del acuerdo plenario que los considera como el nivel superior de la organización, y las secciones y negociados por el alcalde o alcaldesa, modificando si procede la correspondiente plantilla y relación de puestos de trabajo. Con mucha mayor laxitud se representan los niveles orgánicos existentes en el municipio de Arona, cuyo Reglamento Orgánico Municipal del Ayuntamiento de Arona, disponible en https://www.arona.org/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/3_10163_1.pdf, en su artículo 115, nos dice que las Áreas de Gobierno son las divisiones superiores de la Administración municipal, para la coordinación política y ejecutiva de las actividades y servicios, así como para la planificación, seguimiento, control y evaluación de los programas de actuación que se desarrollen en su ámbito, adscribiéndose a las distintas Áreas de gobierno, todas las unidades administrativas, organismos y servicios municipales que operen dentro de su ámbito funcional, cualquiera que sea su configuración jurídica, advirtiendo el artículo 113 del mismo reglamento de que en la sesión

Más incisivas resultan ser las normas legales que regulan el particular régimen organizativo de los municipios de gran población. De hecho, el artículo 130 LRBRL, proyecta sobre este especial tipo de municipios el modelo estatal de separación entre órganos superiores y órganos directivos, disponiendo al efecto que se considerarán órganos superiores el alcalde y los miembros de la Junta de Gobierno Local, mientras que se atribuye la condición de órganos directivos a los coordinadores generales de cada área o concejalía, a los directores generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías, al titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma; al titular de la asesoría jurídica; al secretario general del Pleno; al interventor general municipal, y en su caso, al titular del órgano de gestión tributaria. En esa dirección, el artículo 123 LRBRL, referido a las competencias del Pleno de este particular tipo de entidades locales, señala que corresponde a un reglamento de naturaleza orgánica la determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales las grandes áreas de gobierno, los coordinadores generales, dependientes directamente de los miembros de la Junta de Gobierno Local, con funciones de coordinación de las distintas Direcciones Generales integradas en la misma área de gobierno, y de la gestión de los servicios comunes de estas u otras funciones análogas y las Direcciones Generales u órganos similares que culminen la organización administrativa, sin perjuicio de las atribuciones del alcalde para determinar el número de cada uno de tales órganos y establecer niveles complementarios inferiores. En lógica correspondencia el artículo 124.4.k LRBRL, atribuirá al alcalde el establecimiento de la: “organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva”, eso sí, respetando lógicamente los niveles esenciales de la organización municipal que haya podido establecer el Pleno⁵⁴⁶.

extraordinaria que ha de convocarse dentro de los treinta días siguientes a la constitución de la Corporación, el Pleno acordará la creación de las distintas Áreas de gobierno y la estructura de la organización municipal, las cuales se podrán revisar en cualquier momento por acuerdo plenario; con todo, lo que resulta más trascendente de la norma que comentamos es lo preceptuado en su artículo 114, cuando se señala que son los acuerdos que adopte la Corporación sobre la plantilla de personal y los puestos de trabajo los que deberán ajustarse a la estructura organizativa del ayuntamiento, lo que tiene un interés indudable en una corporación de reducidas dimensiones en la que su primer nivel orgánico puede venir a coincidir con el de negociado, tal como se puede ver en el documento intitulado “Estructura Administrativa 2016”, disponible en https://www.arona.org/portal/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_36474-1.pdf, donde se puede comprobar, por ejemplo, que el Área de Planificación, Transparencia y Gobierno Abierto, está integrada por una unidad de participación ciudadana con categoría de negociado, y una unidad de transparencia, cuyo rango orgánico no se menciona.

⁵⁴⁶ Si tomamos como referencia la estructura del Ayuntamiento de Zaragoza, se puede advertir rápidamente un modelo de articulación bifásica con un Reglamento Orgánico Municipal, aprobado por el Ayuntamiento Pleno el 26 de noviembre de 2004, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza, nº 30, de 8 de febrero de 2005, y un Decreto de Alcaldía de 9 de septiembre de 2016, por el que se modifica la organización y estructura de la Administración del Ayuntamiento de Zaragoza y la adscripción de los organismos públicos municipales. El reglamento orgánico prevé la organización funcional del Ayuntamiento en Áreas de Gobierno, especifica los

De una indudable importancia para nuestro estudio resultan ser los organismos públicos del sector público institucional, básicamente organismos autónomos y entidades públicas empresariales.

En el ámbito estatal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 90, 91 y 93 LRJSP, dichos organismos son creados por ley y su estructura organizativa básica se refiere a sus correspondientes estatutos; estatutos que han de regular la composición, funciones, competencias y rango administrativo que corresponda a cada órgano y el régimen relativo a sus recursos humanos. Dichos estatutos se aprobarán por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta conjunta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y del Ministerio al que el organismo esté vinculado o sea dependiente⁵⁴⁷.

órganos centrales, territoriales, organismos públicos y otras entidades que podrán constituirse, y los órganos superiores y directivos que se pueden considerar propios de la estructura del Ayuntamiento. Al respecto, el artículo 39 ROM, advierte de que los órganos directivos, así como los departamentos y servicios, se crean, modifican o suprimen por Decreto del alcalde, mientras que las unidades administrativas de ámbito inferior a Servicio y los demás puestos de trabajo se crean, modifican y suprimen a través de la relación de puestos de trabajo. El decreto de organización y estructura señala las áreas de gobierno, las concejalías-delegadas integradas en cada área, los organismos adscritos a cada área y los órganos directivos en que se estructura cada área, sus niveles orgánicos y sus funciones, los servicios dependientes y sus funciones o ámbitos de gestión. Ilustrativo al respecto puede ser el documento intitulado “Estructura orgánica del Ayuntamiento de Gijón”, consultable en https://www.gijon.es/multimedia_objects/download?object_typ=document&object_id=84004, donde se señala la existencia de cinco niveles de organización: Un primer nivel de estructura o delegación de Alcaldía que responde al siguiente esquema, Coordinación Administrativa y Hacienda; Urbanismo; Presidencia del Consejo de Cooperación y Solidaridad Internacional; Servicios Sociales, Salud, Mercados y Consumo y Solidaridad Internacional; Departes; Medio Ambiente y Políticas de Igualdad; Seguridad Ciudadana y Movilidad; Promoción Económica e Innovación Tecnológica; Empleo Público y Apoyo al Gobierno Municipal; Zona Rural y Taxis; Juventud y Festejos; Cultura; Participación Ciudadana y Mantenimiento Urbano; Vivienda; Educación, Pueblo de Asturias y Promoción de Asturias; en un segundo nivel encontraríamos las áreas como centros gestores de carácter directivo que agrupan varios servicios formando un bloque homogéneo con el correspondiente órgano directivo formalizado como Dirección de Área; en el tercer nivel estarían los servicios como centros directivos a los que corresponde el ejercicio de un bloque de competencias de naturaleza homogénea; en el cuarto nivel se situarían las secciones como órganos internos de funcionamiento dentro de un servicio cuyas funciones comprenden un sector o grupo de funciones de ese servicio en el que se integran; finalmente, en el quinto nivel estarían los negociados, ayudantes o similares, como unidades administrativas internas de funcionamiento, cuya competencia se circunscribe a la instrucción y tramitación de expedientes y a trabajos propios de un sector de la actividad administrativa.

⁵⁴⁷ Lo cierto es que este tipo de prescripciones viene cumpliéndose como mínimo hasta el nivel de subdirección general, tal como se puede ver, por ejemplo en el Real Decreto 1638/2009, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Biblioteca Nacional de España, cuyo artículo 10 señala la estructura básica de la Dirección General de este organismo autónomo administrativo compuesta por dos unidades, ambas con rango orgánico de subdirección general, la Dirección Técnica y la Gerencia, de las que se describen las correspondientes funciones. En la misma dirección, el Real Decreto 19/2014, de 17 de enero, por el que se refunden los organismos autónomos Instituto Nacional del consumo y Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición, en un nuevo organismo autónomo denominado Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición y se aprueba su estatuto, cuyo artículo 16, describe las subdirecciones generales y unidades básicas, bajo la dependencia del director ejecutivo de dicho organismo, advirtiendo al respecto de que dichas unidades básicas serán adscritas: “con el nivel orgánico que se determine en la relación de puestos de trabajo”. De factura distinta resulta ser el Real Decreto 114/1999, de 25 de julio, por el que se adapta la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre a la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, se aprueba su Estatuto se acuerda su denominación como Fábrica Nacional de Moneda y Timbre-Real Casa de la Moneda, cuyo artículo 21 remite la estructura orgánica del ente a la del personal directivo de la entidad que se determine a través del

Hay que tener en cuenta que según el artículo 89.2 LRJSP, dentro de su esfera de competencias, a los organismos públicos estatales les pueden corresponder las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos salvo la potestad expropiatoria, lo que sin duda comprende una potestad reglamentaria para la ordenación y organización de sus propios servicios y estructuras internas. Un planteamiento que se refuerza a la vista de este mismo precepto donde se señala expresamente que los estatutos podrán atribuir a los organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento para cumplir con los fines y el servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio⁵⁴⁸.

En el ámbito de la Administración de la Generalitat, la normativa reguladora de su Administración instrumental es fragmentaria y diversa, obteniéndose de una lectura combinada del TREEPC, y del LFPC. A la vista de la normativa vigente en la materia, el sector público institucional de la Administración de la Generalitat de Cataluña contiene entidades u organismos autónomos de carácter administrativo, entidades u organismos autónomos de carácter industrial, comercial o financiero, entidades de derecho público sometidas al derecho privado y otros entes públicos que ajustan su régimen jurídico a su propia ley de creación. Con todo, los dos grandes tipos de organismos públicos de la Administración de la Generalitat son los organismos autónomos administrativos y las entidades de derecho público sometidas al derecho privado. Los organismos autónomos de carácter comercial, industrial o financiero parecen no ser de utilidad para la mayoría de los Departamentos de la Generalitat y pueden ser sustituidos con ventaja por las entidades de derecho público sometidas al derecho privado. Dichos organismos, entidades y entes han de ser creados por ley. Tal como nos dice el artículo 3.1 TREEPC, la ley de creación ha de determinar las funciones, los recursos económicos que se le asignan y las bases de su organización y su régimen jurídico, señalando el párrafo tercero de este mismo precepto que corresponde al Gobierno de la Generalitat, mediante decreto,

correspondiente organigrama, concretando que la estructura del organigrama directivo será propuesta por el Director General al Consejo de Administración, para su aprobación por este órgano o, en su caso, por la Comisión Delegada, y podrá contener diferentes niveles de dirección y retribución, atendiendo a criterios de responsabilidad personal y directa por la gestión desarrollada.

⁵⁴⁸ A título de ejemplo, puede citarse el artículo 4.2.f del Real decreto 508/2001, de 11 de mayo, por el que se aprueba el Estatuto del Instituto Nacional de Estadística, que atribuye a su Consejo de Dirección, la facultad de: “Aprobar el Reglamento interno de funcionamiento del Organismo”. En el mismo sentido, puede traerse aquí el artículo 5.2.d) de dicho Real decreto, que atribuye al Presidente del mencionado Organismo: “La potestad sancionadora a que se refiere el artículo 48.3 de la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Pública Estadística”.

desarrollar su organización y régimen jurídico, y también aprobar los estatutos, determinar el Departamento al que quedarán adscritos y los bienes que se les pudieran asignar⁵⁴⁹.

Nada dicen las normas que regulan la Administración instrumental de la Generalitat sobre la posible adscripción a los correspondientes organismos de las potestades públicas de reglamentación y de organización. Lo cierto es que el Estatuto de la Empresa Pública Catalana no indica que objetivos, finalidades, funciones o actividades han de motivar la creación de un organismo y su adscripción a uno de los tipos existentes. De la misma manera que nada se prevé sobre el tipo de potestades que se les puede atribuir aunque no parece haber mayores inconvenientes al efecto⁵⁵⁰.

En el ámbito local, los organismos autónomos locales y las entidades públicas empresariales se consideran una forma de gestión directa de los servicios públicos de competencia local en el artículo 85 LRBRL. De conformidad con lo establecido en el artículo 85.bis LRBRL, su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local que aprobará también sus estatutos. Hay que tener en cuenta que el mismo precepto establece que en los organismos autónomos locales debe existir un consejo rector y en las entidades públicas empresariales locales un consejo de administración, dotado de un secretario, que debe ser un

⁵⁴⁹ Lo que puedan ser las bases de la organización se limitan tal como se dice en el artículo 11 del Decret Legislatiu 3/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya, a la determinación de los órganos de gobierno, gestión y asesoramiento del organismo, y a la determinación de su composición y funciones. Más allá de eso hay que estar a las determinaciones de los estatutos del correspondiente organismo, como desarrollo reglamentario de su estructura organizativa y del régimen de funcionamiento. Utilizando, el mismo ejemplo, el Decret 86/2009, de 2 de juny, d'aprovació dels Estatuts de l'Agència Catalana de l'Aigua i de modificació del Decret 175/2001, de 26 de juny, pel qual s'aprova el desplegament territorial de l'Agència Catalana de l'Aigua, en su artículo 19, desarrolla la estructura orgánica de dicha entidad, señalando que la misma se estructura con carácter básico en áreas y divisiones, determinando que las áreas son las de gestión del medio, abastecimiento de agua, saneamiento de aguas residuales, tributaria y de ingresos, y de ejecución de actuaciones; considerándose como divisiones, la división de sistemas de información, la división de recursos, la división de recursos humanos y la división de asesoría jurídica. El mismo precepto previene que el Consejo de Administración de la Agencia Catalana del Agua, a propuesta de su director, desarrolla la estructura interna de las áreas y divisiones y distribuye las correspondientes funciones entre las unidades organizativas resultantes.

⁵⁵⁰ Al respecto, el Decret Legislatiu 3/2003, de 4 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la legislació en matèria d'aigües de Catalunya, prevé en su artículo 7.2 que: "L'Agència Catalana de l'Aigua és una entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar per al compliment de les seves funcions", advirtiendo el segundo párrafo de este mismo precepto que: "L'Agència pot adquirir, com a beneficiària, fins i tot per expropiació forçosa, posseir, reivindicar, permutar, gravar o alienar tota classe de béns, concertar crèdits, establir contractes, proposar la constitució de mancomunitats i altres modalitats associatives d'ens locals, formalitzar convenis, executar, contractar i explotar obres i serveis, atorgar ajuts, obligar-se, interposar recursos i exercir les accions que li corresponen com a administració hidràulica d'acord amb la normativa aplicable en aquesta matèria", señalándose también en su artículo 9 que les corresponden a la Agencia los actos administrativos que hayan de dictarse sobre ordenación y gestión del dominio público hidráulico, los actos dictados en ejercicio de la potestad sancionadora, los actos de gestión, inspección y recaudación de los tributos de la Generalitat sobre el agua y otros ingresos de derecho público. Relevante resulta ser también, el artículo 8 del denominado Acord Gov/59/2015, de 28 d'abril, pel qual s'aproven els nous Estatuts de l'empresa pública Institut d'Assistència Sanitària, en cuyo artículo 8 se confieren a su Consejo de Administración una serie de facultades entre las que se encuentra: "Determinar l'estructura i l'organització de l'empresa pública".

funcionario público al que se le exija para su ingreso titulación superior, secretario que ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de sus órganos unipersonales y colegiados. También se advierte de que dichos estatutos han de determinar los máximos órganos de dirección, unipersonales y colegiados, así como su forma de designación. El propio artículo 85.bis.1.b) LRBRL, obliga a que el titular del máximo órgano de dirección de dichos organismos, en un sentido técnico o profesional, haya de ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo⁵⁵¹.

Uno de los problemas fundamentales de la estructuración interna de una determinada personificación instrumental es el posible ejercicio por esta de una capacidad de organización propia y peculiar, problema que viene a identificarse y confundirse con el ejercicio de la potestad reglamentaria cuya expresión última resulta ser la elaboración y aprobación de un reglamento interno de organización y funcionamiento, reglamento que aunque puede tener un alcance limitado adquiere la naturaleza de una disposición administrativa de carácter general, lo que presupone que la competencia para aprobarlo debe residir en el pleno de la respectiva corporación y con ella la capacidad para definir los elementos básicos de la estructura interna de un determinado organismo o ente local⁵⁵².

⁵⁵¹ A título de ejemplo, podemos utilizar los Estatutos del Organismo Autónomo Instituto Municipal de Educación y Trabajo del Ayuntamiento de Vilanova i La Geltrú, publicados en Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, del 5 de enero de 2016, cuyo capítulo II configura los órganos de gobierno y los de dirección y administración; al respecto, se consideran órganos de gobierno, el Consejo Rector, la Presidencia y la Vicepresidencia; órganos de gobierno complementarios, la junta general consultiva, y órganos de dirección y administración, la gerencia y la adjuntía a la gerencia. Dichos estatutos describen sus funciones atribuyendo al consejo rector la facultad de aprobar el reglamento de régimen interior. Dicho reglamento se aprueba por el órgano mencionado con fecha de 25 de enero de 2011, disponible en <https://legislación.derecho.com/reglamento-03-marzo-2011-ajuntament-de-vilanova-i-la-geltru-3303181>, y se concibe como un instrumento dado en ejercicio de la potestad de autoorganización para regular la vida interna del organismo, de su personal, de sus usuarios, y la integración a la estructura orgánica de equipo directivo del organismo, integrado por la Vicepresidencia del Organismo, la Gerencia y los directores de las distintas áreas del organismo. Los Estatutos del Organismo Autónomo de Deportes del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, publicados en el BOP, 152, del 29 de octubre de 2004, describen en el título II, capítulo I, de su articulado los órganos de gobierno, administración y gestión del organismo (consejo rector; presidente; director gerente) y las unidades orgánicas necesarias para su asesoramiento y apoyo (secretaría, intervención, tesorería, coordinador de servicios económico-administrativos), detallando su composición y funciones. El artículo 5 de dichos estatutos prevé la aprobación de un reglamento de régimen interior con la finalidad de desarrollar los contenidos organizativos y competenciales de los mencionados estatutos, reglamento que aparece publicado en el Boletín Oficial de la Provincia, nº 79, del día 17 de mayo de 2005, cuyo contenido se centra básicamente en detallar las funciones de los diferentes órganos y unidades previstos en los Estatutos, advirtiendo también en su artículo 16, que la creación de otras unidades técnicas se realizará a través de la correspondiente relación de puestos de trabajo.

⁵⁵² La doctrina más autorizada sostiene que los organismos y entidades instrumentales de la Administración local no pueden por sí mismos ejercer la potestad reglamentaria: Obviamente, pueden proponer al Pleno del ente del que dependen la aprobación de un reglamento de régimen interior, pero les está vedada la decisión definitiva, tal como se defiende en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis; Ysa Figueras, Tamyko. *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2003, p. 79-80. En la misma dirección MONTROYA

En otro orden de consideraciones, podemos apuntar ahora que existe en nuestra jurisprudencia constitucional una apuesta clara por la afirmación de la potestad organizativa de nuestras Administraciones públicas frente a los derechos de los funcionarios, que nos orientan en una triple dirección:

- a) Las Administraciones públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras.
- b) Ejerciendo esta potestad de organización pueden modificar la estructura de sus unidades y clasificar sus puestos de trabajo de acuerdo con criterios dotados de la suficiente objetividad y generalidad enderezados siempre a lograr una mayor eficacia en la organización y prestación de las actividades y los servicios públicos.
- c) El funcionario que ingresa al servicio de una Administración pública se coloca en una situación jurídica definida legal y reglamentariamente y, por ello, modificable por uno y otro instrumento normativo, sin que en consecuencia pueda exigirse que la situación estatutaria quede congelada en los términos en que se hallaba regulada al tiempo de su ingreso.

MARTÍN, Encarnación. *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*. Madrid: IUSTEL, 2006, p. 138-139, entiende que deberían quedar reservadas a la Administración matriz, por ser privativas de las Administraciones territoriales y porque su ejercicio está atribuido al Pleno en exclusiva con carácter indelegable en los artículos 22, 33 y 47.2 LRRL, las potestades siguientes: reglamentaria y de autoorganización, tributaria, expropiatoria y revisión de oficio de actos y acuerdos, aunque también señala que no es esta la práctica que se ha consagrado hasta ahora en los estatutos de los organismos públicos locales a los que se les suele reconocer con facilidad la potestad reglamentaria y de organización. En todo caso, no hay que olvidar que el artículo 85.bis.2 LRRL, establece en su letra b) que los estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales han de determinar las funciones y competencias del organismo, “con indicación de las potestades administrativas generales que este puede ejercitar”. Paradigmático resulta ser a estos efectos, el artículo 6.2 de los Estatutos del Organismo Autónomo Instituto Municipal de Educación y Trabajo del Ayuntamiento de Vilanova i La Geltrú, publicados en Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, del 5 de enero de 2016, donde paladinamente se dice lo siguiente: “En el marc d’aquests estatuts, l’Organisme Autònom tindrà les potestats següents, reconegudes a l’art. 4.1 de la Llei Reguladora de les Bases del Règim Local 7/1985, de 2 d’abril, i article 8.1 del Text Refós de la Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya, aprovat per Decret Legislatiu 2/2003, de 28 d’abril: a) Les potestats reglamentàries i d’autoorganització; b) Les potestats tributària i financera; d) Les potestats d’investigació, d’atermenament i de recuperació d’ofici de llurs béns; e) La presumpció de legitimitat i l’executivitat dels seus actes; f) Les potestats d’execució forçosa i la sancionadora; g) La potestat de revisió d’ofici dels seus actes i acords; h) les prelacions i preferències i d’altres prerrogatives reconegudes a la Hisenda pública per als seus crèdits, sense perjudici d’aquelles que corresponguin a les Hisendes de l’Estat i de les Comunitats Autònomes, així com la inembargabilitat dels seus béns i drets en els termes previstos a les lleis”. Más discretamente, los Estatutos del Organismo Autónomo de Deportes del Excmo. Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, publicados en el BOP, 152, del 29 de octubre de 2004, en su artículo 3, dedicado a potestades, señala que: “En el ámbito de sus competencias y para el ejercicio de las mismas, el Organismo Autónomo ostentará las siguientes potestades: a) Potestad de autoorganización, sin perjuicio de las que correspondan al Pleno del Ayuntamiento de conformidad con los presentes Estatutos. b) Potestad de programación y planificación de las actividades que le sean propias. c) Presunción de legitimidad y ejecutividad de sus actos; d) Potestad de revisión de oficio de actos y acuerdos. e) Inembargabilidad de sus bienes y derechos en los términos previstos en las leyes que sean de aplicación a las Entidades locales”.

d) Al amparo del principio de igualdad y por comparación con situaciones pasadas no puede pretenderse paralizar las reformas orgánicas y funcionariales que decidan las Administraciones públicas⁵⁵³.

Del planteamiento expuesto se desprende una amplia potestad de organización, sustentada sobre la base del principio de eficacia, para crear, modificar o suprimir estructuras orgánicas y formas de organización para la prestación de los correspondientes servicios públicos⁵⁵⁴. Por tanto, podemos asegurar que a cada una de nuestras Administraciones les corresponde: 1) delimitar los órganos administrativos propios de su organización; 2) determinar su forma de integración y dependencia jerárquica; y 3) fijar sus funciones y competencias⁵⁵⁵.

Como se ha acreditado, las normas de creación, estructuración y atribución están expresamente previstas en el ordenamiento estatal: real decreto de determinación de número, denominación y competencias de los distintos departamentos ministeriales y secretarías de Estado; reales decretos de estructura orgánica básica para los órganos superiores y directivos hasta el nivel de subdirección; órdenes ministeriales para los órganos de niveles inferiores. Estas normas u otras similares se prevén en el sistema autonómico: decretos de distribución de competencias entre departamentos y decretos de estructura orgánica comprensivos de los órganos superiores, altos cargos y órganos activos hasta el nivel de sección. De más difícil identificación parece ser el sistema regulador utilizado en nuestras Administraciones locales para la configuración de sus estructuras propias donde debería intervenir el reglamento orgánico para señalar los niveles esenciales de la organización local, correspondiendo al alcalde la determinación de la organización administrativa de los diferentes servicios que puede hacerse a través del decreto de cartapacio o de concejalías delegadas, del de estructura orgánica o mediante un simple organigrama funcional.

El problema en todo caso no es solo de estructuración de la organización, es decir, de delimitación de los ámbitos funcionales básicos de actuación y fijación expresa de los rangos o niveles orgánicos, el problema es también de materias, es decir, del contenido propio de lo que

⁵⁵³ Dichos planteamientos se contienen en forma principal en la STC 57/1990, de 29 de marzo, en la STC 293/1993, de 18 de octubre y en la STC 110/2004, de 30 de junio.

⁵⁵⁴ Una potestad que se extiende también a la clasificación de puestos de trabajo sobre la que volveremos en los siguientes apartados de nuestro trabajo.

⁵⁵⁵ Interesa advertir de que los mandatos enunciados aquí se extraen directamente del artículo 5 LRJSP, una norma considerada básica a tenor de la disposición final decimocuarta del mismo texto legal y de obliga observancia para todas las Administraciones públicas, mientras que la previsión contenida en el artículo 59 LRJSP sobre la creación, modificación y supresión de órganos y unidades administrativas a través de las relaciones de puestos de trabajo, resulta de aplicación única y exclusivamente a la Administración General del Estado a tenor de la misma disposición citada.

pueda ser organización, que como mínimo debería incluir la disposición de los correspondientes órganos, su forma de integración o dependencia en la estructura, y el señalamiento de sus competencias y funciones, y, finalmente, el problema es también formal, es decir, de adecuación o no del instrumento normativo utilizado, lo que se hace especialmente patente en el ámbito local donde la determinación última de la organización se produce a través de instrumentos de ínfima categoría, como pueden ser los decretos de delegación de funciones, los de estructura, los de cartapacios o los simples organigramas⁵⁵⁶.

Lógicamente ello supone la no diferenciación de los elementos esenciales de la organización de la configuración dada a los puestos de trabajo. Es decir, si no se determinan las estructuras básicas de la organización local, sus competencias y funciones, y su integración orgánica, la única definición de las mismas se va obtener de las posiciones singulares que puedan llegar a incluirse en el correspondiente catálogo de puestos. Por lo tanto, la configuración de la organización a través de simples decisiones sobre los puestos de prefectura existentes en una determinada organización puede acabar siendo objeto de negociación al integrarse dichos puestos en unos instrumentos de gestión de personal que se han de negociar por definir los mismos una serie de condiciones de trabajo de los funcionarios que los han de ocupar.

Si partimos de la idea de que las organizaciones administrativas suelen estructurarse en cuatro niveles definidos como órganos superiores, órganos directivos, órganos y unidades administrativas, y descontamos que en la Administración local, los órganos superiores suelen identificarse con los cargos representativos (alcaldes y miembros de la Junta de Gobierno Local), parece poco discutible que debería corresponder a las normas de organización la identificación de las divisiones superiores de la Administración y sus niveles directivos, o si se quiere, de sus estructuras básicas y de sus puestos de dirección, que deberían siempre calificarse con unas notas distintivas como pueden ser las de ejercicio de funciones de gestión y ejecución superior a que se refiere la disposición adicional 15ª LRBRL, como igualmente debería entrar dentro de las potestades de organización la identificación de los correspondientes órganos de la Administración local. Cuestión distinta resultaría ser la creación de otras estructuras administrativas que como unidades que son deberían reservarse al instrumento propio de la definición de las mismas que no es otro que la relación de puestos de trabajo, en el bien entendido de que en su proceso de clasificación podrían darse determinadas decisiones

⁵⁵⁶ No estará de más recordar que un organigrama no es otra cosa que una representación gráfica de la estructura de una organización utilizado como medio para proporcionar información y facilitar el análisis estructural, tal como se dice en BLANCO DE TELLA, Luis. *Técnica y aplicación de los organigramas*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, 1982, p. 19.

administrativas que no implicaran consecuencias efectivas sobre las condiciones de trabajo como pueden ser la identificación de ámbitos funcionales de actuación o el señalamiento del correspondiente encuadramiento jerárquico.

Indudablemente cobra aquí un papel importante el tipo de instrumento utilizado para cada una de las operaciones señaladas. Sin duda correspondería al reglamento orgánico municipal el señalamiento de los niveles básicos de la estructura organizativa y sus rangos, lo que lógicamente implica determinar las líneas de responsabilidad y autoridad en un determinado sistema organizativo. A partir de ahí correspondería al Alcalde fijar para cada mandato a través del correspondiente decreto de estructura orgánica, la concreta organización administrativa con el señalamiento expreso de sus niveles superiores y directivos y la determinación de sus órganos. Más allá de esta operación, deberían intervenir las correspondientes relaciones de puestos de trabajo en el bien entendido, como después se verá, de que no todas las operaciones implicadas en un proceso de determinación de unidades y puestos de trabajo ha de tener por sí misma un impacto directo en las condiciones de trabajo de los funcionarios que en su día tengan que desempeñarlos.

De la misma manera debería tenerse en cuenta que a priori la operación de determinación de los diferentes órganos de la Administración municipal va a tener una serie de consecuencias directas sobre la creación, modificación y supresión de puestos de trabajo con un contenido funcional y específico que, solo en la medida en que pudieran incidir en las condiciones de trabajo de los funcionarios que los ocuparan, podría necesitar de un proceso de negociación colectiva.

Así pues, parece que el punto de fricción se situaría en las operaciones de identificación y creación de aquellos niveles de la organización que determinamos como órganos o unidades activas y calificamos ordinariamente como servicios, secciones o negociados, discutiéndose si su creación y calificación funcional responden a un puro ejercicio de la potestad de organización en sentido estricto quedando exentas, por tanto, de la preceptiva negociación, o si por su necesaria plasmación a través de la relación y sus posibles consecuencias en las condiciones de trabajo requieren de la misma.

Sobre este aspecto, a nuestro entender hay en la doctrina una apuesta clara por un procedimiento bifásico para determinar la organización y en consecuencia clasificar sus puestos⁵⁵⁷. La

⁵⁵⁷ Al respecto, no estará de más traer aquí el artículo 23.3 de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986, donde se dice que: “La creación, modificación, refundición o supresión de los

determinación de la estructura orgánica de una determinada corporación local se lleva a cabo en base a las previsiones existentes en el reglamento orgánico municipal, que las puede contener o no, y siempre en base a un decreto de la Alcaldía que estructura las áreas de gobierno, identifica los órganos directivos y los órganos activos, los inserta en una determinada estructura y define sus funciones. Estrechamente relacionada con esta disposición corre la correspondiente adaptación de la relación de puestos de trabajo que puede darse en un momento anterior o posterior a la aprobación del decreto de estructura, sin que ninguna norma jurídica diga que la aprobación de las modificaciones en la estructura orgánica exija simultáneamente la de la correspondiente relación de puestos de trabajo⁵⁵⁸.

Sin duda los efectos de las normas y las disposiciones orgánicas se han de materializar a través de las relaciones de puestos de trabajo en un momento anterior o posterior a su aprobación, pero a nuestro parecer dichas normas de organización no han de ser objeto de negociación, lo que no va a eximir del correspondiente trámite convencional a la instrumentalización de los consiguientes cambios que hayan de producirse en la relación de puestos de trabajo. Ello presupone el ejercicio de la potestad de organización como una decisión unilateral de los órganos de gobierno de una determinada Administración, sin que ello implique o suponga que las decisiones posteriores encaminadas a dotar de efectividad a la nueva organización hayan de someterse a la correspondiente mesa de negociación siempre que puedan llegar a afectar directamente a las condiciones de trabajo⁵⁵⁹.

puestos de trabajo en las unidades orgánicas, se realizará a través de los catálogos de puestos de trabajo por el Ministerio de Economía y Hacienda, sin perjuicio de que mediante las respectivas normas sobre organización administrativa se puedan determinar las unidades, sus competencias, funciones y asignación de tareas sin que ello condicione en ningún caso el número de dotaciones y las características retributivas reflejadas en el correspondiente catálogo”.

⁵⁵⁸ STSJ del País Vasco de 19 de marzo de 2014, ROJ: STSJ PV 2085/2014.

⁵⁵⁹ No resulta infrecuente que las propias normas de organización incorporen reglas sobre la necesaria adaptación de las relaciones de puestos de trabajo a la nueva estructura administrativa. Así, por ejemplo, la Disposición transitoria primera del Real Decreto 256/2012, de 27 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, nos dirá lo siguiente: “1. Las unidades y puestos de trabajo con nivel orgánico inferior al de Subdirección General, encuadrados en los órganos suprimidos por este real decreto, continuaran subsistentes y serán retribuidos con cargo a los mismos créditos presupuestarios, hasta que se aprueben las relaciones de puestos de trabajo adaptadas a la estructura orgánica de este real decreto. Dicha adaptación en ningún caso podrá generar incremento del gasto público. 2. Hasta tanto entre en vigor la nueva relación de puestos de trabajo, las unidades y puestos de trabajo encuadrados en los órganos suprimidos por este real decreto se adscribirán provisionalmente mediante resolución del titular de la Subsecretaría a los órganos regulados en este, en función de las atribuciones que aquellos tengan asignadas”. Más claramente, la disposición transitoria primera del Decret 56/2016, de 19 de gener, de reestructuració del Departament de Governació, Administracions públiques i Habitatge, señalará que: “Les persones que ocupen els llocs de comandament de les unitats afectades per aquest Decret, o les àrees funcional modificades, seguiran exercint les seves funcions respectives mentre no s’adaptin o es proveeixin, si s’escau, els llocs de treball corresponents d’acord amb l’estructura regulada”. De igual manera el Decreto de la Alcaldía de 9 de setiembre de 2016, por el que se modifica la organización y estructura de la Administración del Ayuntamiento de Zaragoza y la adscripción de los organismos públicos municipales dispondrá en su punto décimo que: “1. El Área de Servicios Públicos y Personal

En el límite estaría la decisión de crear, modificar o amortizar determinadas posiciones o adscripciones orgánicas que lógicamente impactarán en la correspondiente relación de puestos de trabajo. A nuestro entender hay que afirmar aquí la primacía de la decisión organizativa sobre el instrumento de clasificación de puestos que nos ha de servir para ordenar el personal en base a las necesidades de los servicios.

En esa dirección resultan de interés los criterios sentados por la última jurisprudencia sobre la producción de determinados reglamentos de estructura orgánica que descienden a la creación, modificación o supresión de unidades administrativas y a la determinación de sus funciones, normas que se discuten por las organizaciones sindicales al entender que dichas variaciones deberían instrumentarse a través de las pertinentes modificaciones de las relaciones de puestos de trabajo que solo podrían aprobarse después del pertinente trámite de negociación colectiva.

Un planteamiento que se rechaza en nuestra doctrina judicial en base a la consideración del artículo 37.2 EBEP 2015, por entender que en las decisiones adoptadas en ejercicio de la potestad de organización se parte del principio de exclusión de la negociación, con la salvedad de que las decisiones organizativas afecten a las condiciones de trabajo, no bastando para que opere dicha excepción que la disposición organizativa afecte a los puestos de trabajo, observándose al efecto que la estructura que se da a un departamento es un acto condición de otros sucesivos que deberán adaptarse necesariamente al reglamento organizativo entre los que se podrán contar los de modificación de los correspondientes puestos que tengan incidencia en las condiciones de trabajo de los funcionarios. De ahí que la mera creación o supresión de unidades y servicios administrativos no haya de ser objeto de negociación, entre otras cosas

propondrá al órgano municipal competente las modificaciones de la relación de puestos de trabajo que resulten precisas para el cumplimiento de lo previsto en este Decreto. 2. Hasta la entrada en vigor de la relación de puestos de trabajo adaptada a la nueva estructura, los departamentos, servicios, unidades administrativas y demás puestos de trabajo se entenderán subsistentes y conservarán su actual denominación, estructura y funciones, quedando adscritos provisionalmente a los órganos determinados en este Decreto de acuerdo con las funciones que tengan asignadas”. Un planteamiento que se considera correcto desde la temprana STS de 17 de febrero de 1997, ROJ: 1056/1997, donde se afirma que la previa aprobación de un decreto de estructura orgánica básica, con inclusión de una disposición adicional que promueve la posterior modificación de las relaciones de puestos de trabajo para vehicular la supresión o integración de determinadas unidades, resulta un ejercicio legítimo de las potestades de organización que en nada altera la facultad de las organizaciones sindicales para participar en este proceso de reforma organizativa, dado que la remisión al instrumento a través del cual podrá llevarse a cabo la mencionada modificación no modifica el régimen procedimental al que debe sujetarse una eventual transformación de las relaciones de puesto, añadiendo que: “será allí y entonces donde deberá analizarse el fundamento de esa preocupación de previa audiencia a la que repetidamente se refiere la parte recurrente, cuya previsión no puede ahora echarse en falta, pues quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación según se dispone en el artículo 34.1 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, las decisiones de estas que afecten a sus potestades de organización”. En la misma línea va la STS de 23 de abril de 2012, RJ/2012/6063, que faculta a la Administración para adscribir a los funcionarios a los puestos de trabajo por haberse creado, modificado o suprimido determinadas unidades administrativas a través de un decreto de estructura orgánica.

porque si tuviera que serlo carecería de eficacia alguna la norma principal del artículo 37.2 EBEP, que prevé la exención del trámite convencional de las decisiones organizativas.

La línea doctrinal que comentamos se cuida de destacar que la regulación de los correspondientes órganos y unidades en las normas y los actos de organización ha de presuponer también la regulación de las funciones que a cada uno se le asignan, ya que no resulta posible la creación de una unidad sin asignación de funciones, una decisión que tienen también un indudable carácter organizativo que lo exime de la negociación, señalando también que será posteriormente, una vez han sido creados los correspondientes servicios y asignadas las funciones que les correspondan, cuando habrán de negociarse a través de la adaptación de las relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos, las condiciones en que el trabajo de esos nuevos servicios tendrá que realizarse⁵⁶⁰.

La jurisprudencia citada corre paralela a otra mantenida por el orden social de nuestra jurisdicción donde se afirma que la decisión empresarial de implantar una nueva estructura organizativa en un organismo público a través de un nuevo organigrama, en principio, entraña el ejercicio de una potestad administrativa, apuntado que la simple aprobación de este esquema organizativo, que contempla una reasignación de efectivos de personal para acoplarlos a la nueva organización y un cambio nominal de la denominación de puestos de trabajo y sus funciones, no supone por sí misma una modificación que se pudiera considerar como sustancial y colectiva a efectos de las correspondientes condiciones de trabajo, con lo que no proceden los trámites y requisitos previstos en el artículo 41 ET⁵⁶¹.

560 En esta dirección van las SSTS de 17 de diciembre de 2014, ROJ: STS 5591/2014; de 18 de diciembre de 2014, ROJ: 5597/2014; de 29 de diciembre de 2014, ROJ: STS 5599/2014; de 12 de febrero de 2015, ROJ: STS 511/2015; de 23 de febrero de 2015, ROJ: STS 923/2015; de 26 de marzo de 2015, ROJ: STS 1314/2015; la de 6 de abril de 2015, ROJ: STS 1418/2015; de 9 de octubre de 2015, ROJ: STS 4510/2015; y de 6 de noviembre de 2015, ROJ: STS 4649/2012. La línea jurisprudencial mencionada contiene un voto particular donde se acaba apuntando un aspecto no menor de la cuestión: las consecuencias directas que dimanen de la norma o el acto organizativo y que resultan en la amortización y creación de puestos de trabajo con un contenido funcional definido que puede conservar o no inalterada la organización burocrática que le da soporte sin necesidad de otra decisión, advirtiendo que en caso de afectación de las condiciones de trabajo sería la misma disposición organizativa la que debería ser objeto de negociación, si no se quiere caer en una apreciación meramente formal y aislada de la misma, desvinculada de los efectos que pueda tener sobre la estructura de puestos y las condiciones de trabajo y, en última instancia, sobre su derecho a la negociación colectiva que forma parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical. Expresiva de la posición mayoritaria de nuestro Tribunal Supremo es la STSJ de Galicia de 23 de junio de 2015, ROJ: STSJ GAL 4634/2015, donde se dice que: “las decisiones organizativas no determinan la necesidad de negociación con las entidades sindicales que, en principio, habrán de deferirse a las aprobaciones de los instrumentos técnicos de ordenación del personal, esto es la RPT”.

⁵⁶¹ STS de 19 de enero de 2009, RJ/2009/659; la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 5 de febrero de 2015, ROJ: STSJ M 451/2015, por la que se impugna la Resolución 25/01/13, del Secretario General del Instituto Cervantes, que modifica y desarrolla la estructura organizativa de la sede del Instituto Cervantes, una reorganización que se acomete sin modificación de la relación de puestos de trabajo, en base a una modificación de la denominación y

Cuestión distinta es que la norma o el acto organizativo se extralimite en el contenido que le resulta propio y que ha de reducirse a la delimitación de los órganos y unidades administrativas que resulten típicas de su organización, a la determinación de su forma de integración y dependencia jerárquica y a la delimitación de sus competencias y funciones, para extenderse a otros aspectos propios de las condiciones de trabajo que han de determinar las relaciones de puestos.

Así, por ejemplo, se ha subrayado la natural incompatibilidad entre las operaciones de delimitación de áreas y servicios como grandes ramas de la actividad en que se divide una determinada Administración pública, y su reserva, y la de los correspondientes puestos, a determinadas escalas y subescalas de funcionarios, una determinación que se produce al margen de las relaciones de puestos que son las que resultan habilitadas para fijar los requisitos de desempeño de los dichos puestos⁵⁶².

De igual manera, puede aceptarse que la definición de la estructura organizativa de un determinado Ayuntamiento, con la correspondiente asignación de cometidos y funciones, puede ser un simple acto de organización administrativa excluida de la obligación de negociación, siempre que la disposición recurrida se circunscriba a regular la estructura, creando o modificando cuantas áreas, servicios y unidades se estime oportuno, pero dicho acto puede quedar viciado si se acompaña dicho decreto de la fijación de los correspondientes complementos retributivos, con señalamiento expreso del complemento de productividad⁵⁶³.

Más discutible parece algún pronunciamiento que considera de forma conjunta determinadas resoluciones sobre organización y atribución de funciones y una serie de instrucciones sobre funcionamiento interno de equipos y unidades administrativas, que resultan consideradas como decisiones administrativas con repercusión sobre las condiciones de trabajo, por entender que dichas disposiciones no se limitan a establecer una determinada estructura orgánica y a señalar sus funciones sino que alteran también cuantitativa y cualitativamente la carga de trabajo de cada una de las unidades administrativas consideradas, y de esta manera, las condiciones de trabajo de los funcionarios que los integran, olvidando que la especificación de las funciones de un determinado equipo o unidad administrativas con señalamiento expreso del trabajo que se haya de asumir, posiblemente no lleguen a encajar totalmente dentro de la potestad de

las funciones de los departamentos y unidades, y su adscripción supone un ejercicio de la potestad de organización que por ella misma en nada afecta a las condiciones de trabajo .

⁵⁶² Tal como se advierte en la STS de 11 de mayo de 1998, RJ/1998/4313.

⁵⁶³ La previsión expresa de esta circunstancia se puede ver en la STS de 7 de noviembre de 2011, RJ/2012/1968. En la misma dirección, la STS de 29 de mayo de 2014, ROJ: STS 2351/2014.

organización estrictamente considerada, pero sin duda puede acogerse dentro de los poderes propios de la dirección administrativa que también resultan expresamente excluidos de la negociación en función de la previsión establecida en el artículo 37.2.d) EBEP⁵⁶⁴.

De la misma manera aquellas disposiciones que racionalizan y ordenan las estructuras internas de personal con asignación de puestos de trabajo dentro de la nueva organización no han de ser objeto de negociación por su denominación, dependencia o apariencia formal, siendo cuestión distinta que en el decreto de Alcaldía que atienda a la correspondiente readscripción se vea afectada la forma de provisión del puesto de trabajo correspondiente a la prefectura de la correspondiente unidad, afectación que por sí misma debe ser considerada como objeto de la preceptiva negociación⁵⁶⁵.

En principio, la creación de una nueva estructura que vaya directamente acompañada de la determinación de un nivel de jefatura con señalamiento expreso de sus funciones no parece constituir un título habilitante para proceder directamente a una modificación unilateral de la relación de puestos de trabajo al margen del proceso de negociación, aunque dicho puesto se configure como cabeza de un nuevo centro orgánico y responsable del mismo. En el momento en que la resolución administrativa configura dicho puesto con todos sus requisitos de desempeño, atribuyéndole los correspondientes complementos retributivos y señalando su forma de provisión, se trasciende la simple organización administrativa y se pueden llegar a afectar las condiciones de trabajo de los funcionarios a través de una decisión cuyas consecuencias han de ser objeto de negociación⁵⁶⁶.

En sentido inverso no parece que deba aprovecharse la aprobación de una relación de puestos para detallar cuáles van a ser los órganos de dirección, los departamentos, los puestos y las distintas especialidades que van a existir dentro de un determinado cuerpo o escala de funcionarios, normativizando y creando la estructura de un determinado organismo técnico a través de un instrumento de gestión y haciéndolo con un claro nivel de permanencia, confusión que acaba induciendo la necesidad de negociación de una disposición que por sí misma contiene

⁵⁶⁴ La inclusión del señalamiento expreso de las cargas de trabajo de una determinada unidad administrativa como materia objeto de negociación, puede verse en la STS de 29 de enero de 2014, ROJ: STS 668/2014.

⁵⁶⁵ Como se puede ver en la STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2013, ROJ: STSJ M 2525/2013. En la misma dirección la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 25 de febrero de 2013, JUR/2013/163616, sobre el Decreto que establece las jefaturas de unidad en los turnos de guardia del servicio de extinción de incendios y salvamento del Ayuntamiento de Puerto Rosario, un acto claramente organizativo que se ve perturbado por la designación directa de los trabajadores que han de cubrir las correspondientes prefecturas en el mismo decreto de creación.

⁵⁶⁶ Para un ejemplo específico de esta cuestión, la STSJ del país Vasco de 10 de marzo de 2015, ROJ: STSJ PV 1106/2015.

aspectos sustanciales de la organización y de la estructura profesional de una determinada función pública⁵⁶⁷.

Antes de cerrar este epígrafe queremos recordar aquí la doctrina propia de nuestro Tribunal Constitucional que reconoce a la Administración un especial margen de actuación cuando se trata de resolver por razones de transitoriedad un particular tipo de situaciones en las que hay que acomodar en una organización o centro directivo un conjunto de puestos y personas que resultaban adscritos y prestaban servicios en otro ente o unidad, margen que se considera necesario para proceder a la plena adaptación de las estructuras y los puestos, y que se puede considerar razonable durante el período de tiempo considerado necesario para proceder a la pertinente reordenación de las estructuras públicas que hayan de ser consideradas pero que pierde todo su sentido en un plazo breve que ha de ser suficiente para proceder a las oportunas operaciones de encuadramiento administrativo y burocrático⁵⁶⁸.

A la luz de lo que se ha venido diciendo hasta el momento podríamos sentar las siguientes conclusiones:

- a) Las normas y los actos de organización orientados a la creación, modificación y supresión de órganos y unidades administrativas, a la determinación de su forma de integración y dependencia jerárquica, y a la delimitación de sus tareas y funciones, no han de ser objeto de negociación.
- b) Los efectos de dichas decisiones organizativas se han de vehicular a través de los diferentes instrumentos de ordenación de personal cuya adaptación, en la medida en que incida en las condiciones de trabajo de los funcionarios, ha de ser objeto de la pertinente negociación colectiva.
- c) La norma o el acto de estructura no debe acompañarse de medidas que excedan del estricto ámbito organizativo por afectar a los requisitos, las retribuciones complementarias o la forma de provisión de los puestos, repercutiendo con ello sobre las condiciones de desempeño de los mismos, una incidencia que de producirse obligará a considerar la necesidad de la correspondiente negociación.

⁵⁶⁷ Paradigmática al respecto resulta ser la discusión sobre la aprobación de la relación de puestos de trabajo del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, contenida en la SAN de 5 de marzo de 2009, RJCA/2009/299.

⁵⁶⁸ De estos pronunciamientos nacidos al socaire de situaciones particulares como pueden ser las originadas por el pleno desarrollo y consolidación del Estado de las Autonomías, resultan expresivas las SSTC 57/1990, de 29 de marzo; 9/1995, de 16 de enero; 85/1995, de 6 de junio; y 330/2005, de 15 de diciembre.

d) Lo afirmado hasta el momento se entiende hecho con la salvedad de la posible adopción de las medidas provisionales que puedan considerarse necesarias para la adaptación de las diferentes unidades, puestos y personas al nuevo esquema organizativo, medidas cuya duración no puede prolongarse más allá del plazo que resulte razonable para adecuar los instrumentos de ordenación a las nuevas estructuras y procurar la adscripción definitiva del personal.

Nuestra posición se forma sobre la constatación de la falta de determinación en nuestro sistema administrativo de una nítida separación entre el sistema de dotación de medios y el de creación de órganos y unidades administrativas. A nuestro juicio, las normas y los actos de organización deberían limitarse a la fijación de los órganos de dirección y a la determinación de órganos en el sentido dado a este concepto por el artículo 5.1 LRJSP. De hecho, si nos referimos específicamente a la Administración local debería ser el reglamento orgánico el que definiera estrictamente los ámbitos funcionales de diferenciación de la acción administrativa y las posiciones que culminaran la organización desde una posición directiva y desde una posición activa en base a los posibles efectos que pudiera tener las funciones y actuaciones de los mismos. Las decisiones organizativas que se instrumentan ordinariamente a través de los pertinentes decretos de Alcaldía deberían limitarse a plasmar para cada mandato las áreas de actuación, los órganos de dirección y los órganos activos que se identificarían como tales en las correspondientes estructuras locales, mientras que la creación de otras posibles unidades administrativas se debería habilitar a través de los instrumentos de ordenación de personal. No hacerlo así acaba provocando un indebido entrecruzamiento entre estructuras orgánicas y estructuras de gestión del personal que lleva a la confusión y, en última instancia, a una permanente tensión entre el legítimo ejercicio de la potestad de organización y el derecho de negociación.

En todo caso, las disposiciones contenidas en la legislación del régimen jurídico de las Administraciones públicas sobre la posible creación de unidades administrativas parecen referirse única y exclusivamente a las estructuras centrales de la organización administrativa. Así por ejemplo la norma sobre creación, modificación y supresión de órganos y unidades administrativas que las refieren a las relaciones de puestos de trabajo se sitúa en el artículo 59 LRJSP, dentro del capítulo II, del título I, referido a la estructura de la Administración General del Estado, y más concretamente, a los ministerios y su estructura interna.

De ahí que se haya podido decir que las personificaciones instrumentales no se sitúan en la misma posición de dependencia que los órganos, por lo que no deberían considerarse

concernidos por las normas que regulan la estructura interna de los distintos departamentos, debiendo estarse a su legislación específica⁵⁶⁹. Juegan pues aquí una indudable función las leyes de encuadramiento de los diferentes tipos de organismos públicos, las leyes específicas de creación, si las hubiere, y en su defecto las normas reglamentarias que los definen como una nueva persona jurídica, los caracterizan y los delimitan en su ámbito de actuación, entre las cuales ocupan un indudable papel sus estatutos cuya naturaleza tiene carácter normativo y una evidente dimensión organizativa en su regulación de una forma primordial y básica de la estructura orgánica de una entidad, sin que se hayan de descuidar tampoco los llamados reglamentos de organización y funcionamiento que aparecen como una norma derivada o complementaria de la estatutaria para perfilar aspectos referidos a su estructura interna y régimen de funcionamiento⁵⁷⁰.

Dichas normas suelen contener, en lo que a nosotros interesa, aspectos relacionados con los órganos de gobierno y sus competencias, la organización interna del servicio, el régimen jurídico de su personal, y la posible incorporación de personal adscrito por la Administración matriz con inclusión de previsiones sobre su movilidad y derechos adquiridos⁵⁷¹.

De hecho, la pura mención en las normas estatutarias o en las derivadas de las mismas de determinadas materias como pueden ser la previsión de una determinada estructura orgánica, la existencia de una plantilla y de una relación de puestos de trabajo, la elección de un particular régimen jurídico de personal, su sistema de selección y la situación en la que queda el personal cedido por la Administración matriz, abre por sí misma el debate sobre la necesidad o no de negociación de este particular tipo de reglamentos organizativos que son dichas normas y las que atienden al régimen interno de un determinado organismo.

Aquí nuestra jurisprudencia viene oscilando entre dos líneas claramente contradictorias. En la primera de dichas posiciones se plantea que las normas mencionadas resultan ser una expresión de las facultades de organización representando la constitución de una forma jurídica para desarrollar actividades y servicios de interés general sin que se quiera desconocer que dichas normas pueden repercutir en materias relacionadas con las cuestiones de personal capaces de

⁵⁶⁹ Tal como se dice en la STS de 27 de septiembre de 2007, RJ/2008/726.

⁵⁷⁰ Sobre la naturaleza reglamentaria de los estatutos de los diferentes organismos públicos nos remitimos a las consideraciones expuestas en MARTINEZ-ALONSO CAMPS, José Luís; YSA FIGUERA, Tamyko. Les personificacions instrumentals locals, *ob.cit.*, p. 194-195. El carácter de disposición autónoma y la naturaleza organizativa de los estatutos de un organismo autónomo se subraya en la STSJ de Galicia de 25 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ GAL 9025/2015; en idéntica línea la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 10 de abril de 2015, ROJ: STSJ CL 1581/2015.

⁵⁷¹ Sobre esta cuestión MARTINEZ-ALONSO CAMPS, José Luís; YSA FIGUERA, Tamyko. Les personificacions instrumentals, *ob.cit.*, p. 197-200.

afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios, concluyendo que aunque dicha regulación incida en materias susceptibles de negociación, lo hace de una forma tangencial y genérica con lo que resulta obligado la producción de ulteriores actos que estos sí sería preciso someterlos al trámite negociador. Por tanto, puede afirmarse que la simple aprobación de los estatutos de un organismo público no supone materialmente repercutir directa e inmediatamente en la situación de los funcionarios, por no afectar a sus condiciones de trabajo las previsiones sobre estructura interna, distribución competencial entre distintos órganos y otros aspectos organizativos mínimos considerados necesarios para su adecuada puesta en marcha y funcionamiento⁵⁷².

En la segunda posición se llega a diferenciar dentro de las normas estatutarias entre dos tipos distintos, el de las materias que se pueden identificar con las potestades de organización, como pueden ser las relativas a la estructura orgánica, la distribución de competencias entre sus distintos órganos rectores, los procedimientos internos de funcionamiento, y aquellas otras con capacidad para afectar a las condiciones de trabajo como son las de contratación de personal, organigrama y plantilla, normas generales de selección, régimen de incompatibilidades y de responsabilidad de los empleados, entendiéndose que estas últimas tienen un perfecto encaje entre las descritas en las letras del artículo 37.1 EBEP 2015, por lo que resultan ser de obligada negociación, sin que se considere relevante que algunas de las previsiones concretas de los preceptos referidos quede fuera del ámbito de la negociación⁵⁷³.

Más aún, algún pronunciamiento concreto ha rechazado expresamente, el argumento específico de la generalidad y abstracción de las prescripciones estatutarias necesitadas de posteriores actos de aplicación para poder incidir en las condiciones de trabajo de los funcionarios, advirtiendo que pese a la naturaleza eminentemente organizativa de la norma estatutaria la simple posibilidad de que pueda afectar a los intereses de los funcionarios determina las circunstancias concretas para que las organizaciones sindicales sean oídas en un trámite de consulta o en un proceso de negociación que se refiera a la totalidad de la norma en cuestión, lo que no deja de ser un exceso en la configuración del ámbito de la negociación⁵⁷⁴.

Hay que decir también que la regulación referida al personal al servicio de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, contenida en la LOFAGE, que resultaba de

⁵⁷² En esta línea las SSTSJ de Andalucía, Granada, de 12 de julio de 2010, JUR/2011/124333; de Andalucía, Granada, de 3 de marzo de 2014, ROJ: STSJ AND 2923/2014; de la Comunidad Valenciana de 14 de octubre de 2011, JUR/2012/75547; y de Galicia de 25 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ GAL 9025/2015.

⁵⁷³ STS de 10 de diciembre de 2014, ROJ: STS 5472/2014.

⁵⁷⁴ Tal como se puede ver en la STS de 31 de mayo de 2012, RJ/2012/8867.

aplicación a las entidades locales en función de la previsión establecida en artículo 85 bis.1 LRBRL, permitía en su momento el establecimiento de una serie de peculiaridades en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos, régimen de movilidad y condiciones retributivas, lo que en la práctica podía llegar a suponer la introducción de un sistema de particularidades en el correspondiente régimen jurídico de personal⁵⁷⁵. Lógicamente el planteamiento de un régimen específico de personal a través de las correspondientes normas estatutarias en materias tan sensibles como pueden ser la selección, la provisión de puestos de trabajo o la aplicación del complemento de productividad, podía llegar a afectar las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, siempre que lógicamente no se limitaran a mencionarlas de una forma más o menos enunciativa o atributiva sino que introdujeran algún factor de complemento o modulación en la regulación ya establecida.

Con todo, nos parece una clara distorsión doctrinal, legitimar la negociación de unas normas estatutarias por la simple mención de una serie de institutos jurídicos como puede ser la vinculación del complemento de productividad al grado de cumplimiento de los objetivos fijados, la necesidad de elaboración de una relación de puestos de trabajo, la existencia de una serie de referencias hechas a la oferta pública de empleo o a la evaluación del desempeño. Mencionar no es regular, sobre todo cuando la mención se remite a conceptos e instrumentos de necesaria observancia en todo sistema de empleo público en base a las previsiones ya establecidas en las normas generales.

De la misma manera, la atribución de una materia concreta como puede ser la plantilla o la relación de puestos de trabajo a un determinado órgano de un ente público es sin duda una norma de competencia que menciona la materia atribuida pero que en ningún caso supone una regulación substantiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Por lo tanto, a nuestro parecer debería evitarse la obertura a la negociación colectiva de normas eminentemente organizativas en base a la simple enunciación de regímenes y conceptos que refieren a normas de carácter general o al simple reconocimiento de la existencia de una determinada competencia. Tocar o mencionar una materia no es determinarla, sobre todo si la mención prefigura una competencia o la simple existencia de un concepto o instituto jurídico presente en una norma imperativa que se trae a la estatutaria para evidenciar que la correspondiente

⁵⁷⁵ Una referencia que, por cierto, parece haber desaparecido en la vigente LRJSP. Así, por ejemplo, el artículo 47.3 LOFAGE, advertía que: “la Ley de creación podrá establecer excepcionalmente peculiaridades del régimen de personal del Organismo autónomo en las materias de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad de su personal”. Una referencia esta que no consta en el artículo 100 LRSAL, referido al régimen jurídico del personal y de contratación de los organismos autónomos estatales.

facultad se ha transferido desde la Administración matriz al correspondiente ente instrumental⁵⁷⁶.

A partir de aquí deberíamos concluir que:

a) Los estatutos y las normas de régimen interior que regulan la organización y el funcionamiento de los organismos públicos deberían limitar su contenido a las normas estrictas de organización como pueden ser las relativas a la configuración de sus órganos superiores y directivos, la determinación de sus competencias y funciones, la disposición de su estructura interna y régimen de funcionamiento, que a nuestro parecer deben entenderse comprendidas en el estricto ámbito de las potestades de organización aunque contengan alguna referencia expresa al régimen de personal.

⁵⁷⁶ Como sin duda ocurre en los supuestos de los que conoce la jurisprudencia que nos ocupa. Así, la STS de 31 de mayo de 2012, RJ/2012/8867, casa la STSJ de Andalucía, Málaga, de 25 de febrero de 2011, ROJ: STSJ AND 7669/2011, siendo algunos de los preceptos que entran en discusión en esta última, por ejemplo, el artículo 29, 30, 31 y 33 del Decreto 324/2009, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Tributaria de Andalucía que literalmente dice lo siguiente: “Artículo 29. Régimen retributivo. 1. Los conceptos retributivos del personal funcionario serán los establecidos en la normativa de función pública de la Administración de la Junta de Andalucía y sus cuantías se determinaran conforme a lo dispuesto en el art. 74.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre. 2. Las condiciones retributivas del personal laboral serán las determinadas en el convenio colectivo suscrito entre la representación de la Agencia y la del personal laboral de la misma y en el respectivo contrato de trabajo y sus cuantías se fijarán de acuerdo con lo indicado en el apartado anterior. 3. La cuantía de la masa salarial destinada al complemento de productividad, o concepto equivalente del personal laboral y funcionario, estará en todo caso vinculada al grado de cumplimiento de los objetivos fijados en el contrato de gestión. Artículo 30. Catálogo y relación de puestos de trabajo. 1. El catálogo y la relación de puestos de trabajo serán elaborados por la Dirección de la Agencia, dentro del marco de actuación que, en materia de recursos humanos se establezca en el contrato de gestión, y sometidos a la consideración del Consejo Rector. 2. El catálogo de puestos de trabajo será aprobado por la Presidencia de la Agencia a propuesta del Consejo Rector. 3. La relación de puestos de trabajo será aprobada por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Administración Pública, a iniciativa de la Presidencia de la Agencia, de acuerdo con la propuesta del Consejo Rector. Artículo 31. Selección de personal. 1. Las necesidades de personal se determinarán de acuerdo con el contrato de gestión. El plan de acción anual establecerá la previsión máxima de plantilla para cada ejercicio. 2. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, el Consejo Rector aprobará la propuesta de oferta de empleo público de la Agencia y la remitirá a la persona titular de la Consejería competente en materia de Administración Pública para su integración en la Oferta de Empleo Público de la Junta de Andalucía, que aprobará el Consejo de Gobierno. 3. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 13.5.f) de la Ley 23/2007, de 18 de diciembre, corresponde al Consejo Rector la determinación de los criterios de selección del personal de la Agencia. 4. Los procedimientos de selección se desarrollaran de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 de la ley 23/2007, de 18 de diciembre. Artículo 33. La evaluación. La Agencia dispondrá de sistemas que permitan: a) La medición y valoración de la conducta profesional y del rendimiento o logro de resultados del personal a su servicio. b) La evaluación de la formación del personal cuyos resultados sirvan de apoyo a la elaboración de un plan de formación que asegure objetivamente una actualización constante de conocimientos y capacidades y, en definitiva, la formación y perfeccionamiento continuados del personal a su servicio”. En esta dirección, conviene citar la STS de 31 de mayo de 2011, RJ/2011/4866, en la que se entiende que la simple mención de las atribuciones referidas a la función directiva de profesionales adscritos a una determinada unidad, dentro de la cual compete a los correspondientes órganos directivos el establecimiento de la organización y distribución de la jornada para el cumplimiento de los objetivos que le son propios y la proposición del número y la duración de nombramientos por sustituciones, ausencias, licencias y permisos, incluido el plan de vacaciones, entran dentro de las potestades de organización y no han de ser objeto de negociación.

b) Más delicadas nos parecen las referencias hechas en dichas normas a determinadas especialidades en materia de personal, especialmente al tratamiento de las retribuciones complementarias, la selección, la confección y aprobación de los instrumentos de ordenación de personal, la movilidad y el sistema de provisión de puestos de trabajo. Dichas especificaciones, a juicio siempre de la doctrina dominante, abren un espacio a la negociación, lo que a nuestro parecer constituye un simple error de apreciación ya que mencionar una materia, atribuir una competencia o señalar una función no presupone una regulación que de por sí tenga capacidad para incidir en las condiciones de trabajo.

c) Hay que decir también que nos parece discutible la negociación de aquellas particulares normas que prevén la integración o adscripción de aquel personal, que proveniente de la Administración matriz, ha de pasar a prestar servicios en la correspondiente personificación instrumental; una regulación esta que ha de considerarse también de carácter adaptativo, ya que en la mayoría de los casos permite poner en marcha y funcionar al correspondiente organismo, lo que situaría a dichos preceptos dentro del margen de que se dispone para superar aquellas situaciones de tránsito entre diferentes modelos organizativos, margen que a todos los efectos ha de amparar una potestad de organización que se ejerce en interés de la continuidad del servicio, siempre que la movilización de dicho personal no modifique las correspondientes condiciones de trabajo y a reserva de la negociación o no de las decisiones que puedan adoptarse para la consolidación de las mencionadas posiciones.

3.2. Poder de organización, modos y formas de gestión y negociación

3.2.1. Establecimiento, regulación, supresión de servicios y negociación

La creación y la organización de los servicios públicos corresponden al Parlamento y a los órganos de gobierno que tienen el poder de determinar y concretar el interés general en base a su indiscutible legitimidad democrática. Se reconoce pues la discrecionalidad del legislador o de los órganos superiores de la Administración para la constitución de servicios públicos, con la única condición de la existencia de competencia suficiente y, evidentemente, de una apreciación objetiva y razonable del interés público⁵⁷⁷.

⁵⁷⁷ Tal como se argumenta en MALARET GARCIA, Elisenda. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”. *Revista de Administración Pública*. Nº 145, 1998, p. 57-63.

A nivel local, el establecimiento y la prestación de un servicio público es un ejercicio válido del principio de autonomía local que se expresa a través de las potestades de organización⁵⁷⁸. Dicha potestad de organización puede concretarse en diferentes ámbitos como pueden ser el de la constitución del servicio, el de la elección de su forma de gestión, el de la caracterización del servicio y la configuración de sus condiciones de prestación, y llegando hasta las últimas consecuencias, el de la supresión del servicio⁵⁷⁹.

El procedimiento preciso para el establecimiento de un servicio público no aparece más que vagamente regulado en los artículos del 30 al 36 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de servicios de las Corporaciones locales, donde en resumidas cuentas se nos dice que:

- a) Las corporaciones locales tienen plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia con el fin de atender las necesidades de sus ciudadanos.
- b) Se evitará la duplicidad de servicios prestados por otros Organismos públicos con competencias para el desarrollo de los mismos.
- c) Se determinará la reglamentación del servicio que se establezca señalándose las modalidades de prestación, situación, deberes y derechos de los usuarios y, si no se hubieren de desarrollar íntegramente, de quien asumiere la prestación en vez de la Administración.
- d) La recepción y uso de los servicios por parte de los administrados podrán declararse obligatorios por disposición reglamentaria o acuerdo, cuando fuere necesario para garantizar la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadana.

En la legislación catalana que se puede utilizar como referencia y que aparece dispuesta por el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el cual se aprueba el Reglamento de obras, actividades y

⁵⁷⁸ Ejercicio que no resulta enteramente libre ya que a tenor del principio de sostenibilidad financiera a que se refiere el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, según el cual: “las actuaciones de las Administraciones públicas y de más sujetos comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley estarán sujetos al principio de sostenibilidad financiera”, habrá que valorar si se está en condiciones de afrontar los gastos de primer establecimiento y puesta en marcha y, sobretodo, si se cuenta con capacidad bastante para sostener su funcionamiento a un nivel razonable en el inmediato futuro, tal como se dice en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”. *Revista de Administración Pública*. Nº 200, 2016, p. 447-450.

⁵⁷⁹ Tomamos la definición de estos ámbitos de MARTINEZ-ALONSO, José Luis. Los servicios públicos locales, *ob.cit.*, p. 215-216.

servicios de los entes locales, el procedimiento previsto para el establecimiento, la prestación y supresión de los servicios locales, aparece constituido por las siguientes fases:

- a) La iniciativa para el establecimiento de los servicios corresponde a los órganos competentes y a los vecinos, por sí mismos o mediante las entidades o asociaciones legalmente constituidas para velar por los intereses vecinales que deberán acompañar a la petición una memoria justificativa.
- b) La implantación del servicio presume la tramitación de un expediente que se ha de instrumentar a través de una memoria justificativa, un proyecto de establecimiento y un reglamento que establezca el régimen jurídico de la prestación y que ha de contener las características del servicio, la forma de gestión, las obras, los bienes y las instalaciones necesarias para la prestación, el estudio económico-financiero y las tarifas, el régimen estatutario de los usuarios, y en el supuesto de prestación por gestión indirecta, el canon o la participación que ha de percibir el ente local y, si procede, la compensación económica que este ha de percibir.
- c) El expediente de establecimiento del servicio se ha de someter a información pública, y, simultáneamente, se ha de otorgar una audiencia a los interesados y a las entidades que pudieran haber ejercido la iniciativa, por un plazo mínimo de treinta días para la presentación de sugerencias y reclamaciones, previo anuncio en el tablón de anuncios y en el diario oficial correspondiente.
- d) El pleno de la corporación, con resolución previa de las sugerencias formuladas, ha de acordar el establecimiento del servicio, el proyecto de establecimiento y el reglamento que lo regula y ha de prever los efectos económicos que se deriven, en especial, en el presupuesto.
- e) La prestación de servicios que no constituyan una competencia propia de carácter obligatorio pueden suprimirse por causa de interés pública justificada documentalmente, de oficio o a instancia de los vecinos, por acuerdo del Pleno.
- f) El acuerdo de supresión ha de ser objeto de información pública previa a la finalización del funcionamiento del servicio, y se ha de otorgar trámite de audiencia antes de la adopción del acuerdo a las entidades y asociaciones vecinales, a las Administraciones concurrentes y, en particular, a los que tengan encomendada la gestión del servicio; en todo caso el acuerdo de supresión les ha de ser convenientemente notificado a todos ellos.

El recorrido realizado nos permite afirmar la identificación de una serie de decisiones administrativas que pueden tener relevancia a efectos del tema que nos interesa: los acuerdos de establecimiento del servicio, el reglamento que lo regula, y los acuerdos de supresión del servicio.

A nuestro juicio es perfectamente distinguible la decisión de prestar un servicio de la posterior disposición de medios personales para llevarlo a cabo, y de la ordenación de sus condiciones de trabajo para lo cual existen diversas alternativas que habrán de someterse a la previa negociación con los representantes del personal⁵⁸⁰. Por tanto, la decisión de establecer un servicio entra dentro de las potestades discrecionales de organización administrativa y no ha de ser objeto de negociación. Es más, a priori en el momento de la constitución de un servicio no existen por naturaleza empleados públicos con los que haya que negociar la determinación de sus condiciones de trabajo⁵⁸¹.

Ahora bien, una cosa es la organización y la delimitación del servicio que prestar, y otra distinta es la forma en que el personal preexistente en una determinada matriz pública puede quedar vinculado a los distintos centros de gestión que estructuran un nuevo servicio o prestación, vinculación que en caso de llegar a afectar sustancialmente las condiciones de trabajo preexistentes, por la necesidad de integrar o desplazar al personal necesario para su puesta en funcionamiento, debería comportar un proceso de negociación⁵⁸².

Por otro lado, como se ha dicho, la creación de un servicio presupone su reglamentación, una reglamentación que necesariamente deberá definir su ámbito subjetivo señalando sus gestores y usuarios, su régimen jurídico, las condiciones generales de prestación, acceso y utilización del servicio, los precios y tarifas, y el estatuto de los usuarios del servicio, no resultando infrecuente que dicho reglamento contenga regulaciones sobre el personal afecto al servicio, señalando, por ejemplo, su número y estructura profesional, sus funciones, deberes y reglas de uniformidad, apariencia y comportamiento, y otros aspectos relacionados con el cumplimiento del servicio.

Aquí dos aspectos pueden resultar particularmente conflictivos. El primero está estrechamente relacionado con las condiciones de prestación del servicio que pueden ser reconvertidas en condiciones de trabajo desde el prisma estricto de constituirse en calendarios, horarios,

⁵⁸⁰ Tal como se dice en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de mayo de 2013, ROJ: STSJ CV 2025/2013.

⁵⁸¹ En una feliz expresión de la STSJ de Andalucía, Granada, de 23 de septiembre de 2013, JUR/2013/374786, en ese momento que coincide con la creación del servicio, simplemente no hay con quien negociar.

⁵⁸² STS de 14 de febrero de 2012, RJ/2012/5023.

procesos, actividades, operaciones, equipos, instrumentos e instalaciones utilizadas en el servicio con unos requisitos mínimos. El segundo estriba en los efectos que pueden tener el señalamiento de un determinado umbral de plantilla en relación con el número de usuarios del servicio, su calificación profesional, sus funciones, deberes y principios de conducta determinados en interés del servicio.

Partiendo del dato objetivo de que en todo caso la estructura de organización y gestión del servicio, su régimen jurídico, y la definición del estatuto de los usuarios han de quedar al margen del proceso de negociación⁵⁸³, lo cierto es que nuestra doctrina judicial entiende que la regulación de determinados calendarios y horarios que se hayan de cumplir o de espacios y equipos que acrediten unos requisitos mínimos que deben poseer o reunir los distintos servicios, debe de ser objeto de negociación al no ofrecer dudas que la misma pueda tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios que en ellos ejerzan sus tareas⁵⁸⁴.

De esta manera las condiciones de prestación del servicio mutan y se transforman en condiciones de trabajo que han de ser objeto de la oportuna negociación, con la única excepción de aquellas que se limitan a ser unas simples medidas de orden interior tendentes a dotar de efectividad a previsiones ya contenidas en normas que han sido previamente negociadas o que se toman con la única intención de favorecer claramente la autonomía y la posición de los usuarios del servicio⁵⁸⁵.

⁵⁸³ STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, 3 de octubre de 2013, ROJ: STSJ ICAN 4005/2013. Adviértase que aspectos tan inocuos para las condiciones de trabajo de los empleados públicos como pueda ser el sistema de precios y tarifas, pueden acabar teniendo una derivada indeseada sobre las mismas, tal como se puede ver en la STSJ de Galicia de 27 de mayo de 2015, ROJ: STSJ GAL 3879/2015, referida al establecimiento de los correspondientes precios públicos para el acceso al comedor del personal de los centros educativos cuya variación se entiende supone una modificación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos que ha de ser objeto de negociación

⁵⁸⁴ Tal como se dice en la STS de 21 de febrero de 2012, ROJ: STS 1401/2012. Lógicamente, siempre y cuando la reglamentación del servicio no se limite a una mera reproducción de un contenido previamente acordado, con lo que ha de desvincularse, al menos teóricamente, por ejemplo, el reglamento de funcionamiento del servicio con el calendario de quiénes vienen obligados a desarrollarlo, como se advierte en la STSJ de Galicia de 20 de noviembre de 2013, JUR/2014/28358. En esta misma dirección, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de diciembre de 2011, ROJ: STSJ CV 10601/2011, donde se señala que la aprobación de un programa experimental de ampliación del horario escolar para un determinado curso académico no afecta al número de horas trabajadas previamente convenidas por lo que no resulta necesaria su negociación previa; también la STSJ de la Rioja de 11 de junio de 2016, ROJ: STSJ LR 373/2016, en la que se sostiene que la aprobación por Decreto de un currículo de Bachillerato en el que se regulan determinados aspectos sobre su organización, evaluación, promoción y titulación del alumnado, no afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios que no sufren una particular variación y, por tanto, no ha de ser objeto de negociación. En sentido contrario, la STSJ de Aragón de 22 de mayo de 2015, ROJ: STSJ AR 630/2015, donde se declara que un determinado calendario escolar es por naturaleza un calendario laboral para los que ejercen la enseñanza, por lo que debió ser negociado con los sindicatos.

⁵⁸⁵ STS de 4 de febrero de 2004, RJ/2004/886.

Una mayor división suscita la necesidad de negociación de la dotación, la calificación profesional y las funciones y deberes del personal adscrito a un determinado servicio. En principio no parece que los criterios de dotación de plantillas y la configuración resultante de la aplicación de los mismos hayan de ser objeto de negociación colectiva. Cuestión distinta es que la reglamentación defina los tiempos específicos de dedicación para determinadas actividades y la carga de trabajo que pueda conllevar la determinación de una ratio de personal con respecto a un determinado número de usuarios del servicio. En este punto nuestra doctrina aparece claramente dividida entre los que consideran que la determinación de un número de horas a las que puedan corresponder funciones específicas o el establecimiento de un número de usuarios que han de ser atendidos por cada profesional, incide sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos, y aquellos que sostienen que no hay que confundir las normas organizativas del personal con las reglamentaciones del servicio que se fijan en interés de los usuarios del mismo y como garantía de su derecho a la calidad de los mismos aunque puedan tener un efecto indirecto sobre sus condiciones de trabajo, lo que no quiere decir que las regulen y establezcan por no ser precisamente objeto de las mismas⁵⁸⁶.

Es evidente que la supresión de un servicio trae como consecuencia la amortización de los puestos de trabajo que lo estructuran y sostienen. Por lo tanto, no ha de sorprendernos que se asimile la decisión de desaparición de un servicio a la eliminación de una serie de puestos de trabajo incrustados en dicho servicio, lo que en principio podría suponer una clara afectación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que los ocupan⁵⁸⁷. Si esto es así, parece correcto plantear que la decisión de supresión de un servicio responde estrictamente al ejercicio legítimo de la potestad de organización quedando exenta de la obligación de negociación previa, ya que la posible afectación a las condiciones de trabajo ha de diferirse a la modificación de las correspondientes relaciones de puestos que se llevará a término después de la correspondiente negociación al ser este el instrumento de ordenación en el que se materializará la reorganización de puestos, plazas y personas que propiamente proceda en cada caso⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ El contraste entre las dos posiciones se puede obtener de una lectura conjunta de las SSTs de 21 de febrero de 2012, ROJ: STS 1401/2012, y de 23 de abril de 2014, ROJ: STS 2504/2014, que mantienen una línea argumental contrapuesta a lo previsto en la STS de 21 de febrero de 2012, ROJ: 1240/2012, donde se señala que a menudo las condiciones de un servicio se establecen conjuntamente para los operadores públicos y privados del mismo, con lo que resulta absurdo confundir los requisitos que se establecen para atender un servicio que se puede prestar por operadores privados con una malentendida “organización de las Administraciones públicas” que ha de ser objeto de negociación por afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

⁵⁸⁷ Un planteamiento que atraviesa toda la argumentación sostenida en la STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016, ROJ: STSJ M 5645/2016.

⁵⁸⁸ Como se señala en la STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2012, ROJ: STSJ GAL 7058/2012, la supresión de determinadas actividades públicas podría incidir en las condiciones de trabajo de los funcionarios afectando a sus

Habría que decir también que a menudo la supresión de la estructura de un servicio no presupone la renuncia a una determinada actividad administrativa que se lleva a cabo a través de otras formas de gestión a las que se atribuye el mismo contenido funcional, con lo cual en la práctica no se produce ninguna supresión o modificación sustancial de determinados puestos sino una simple sustitución o sucesión de estructuras que objetivamente no trae consigo una alteración de puestos, plazas y personas sino una simple modificación de la adscripción orgánica de los mismos⁵⁸⁹.

Conviene trazar aquí una fina línea entre los servicios que resultan de prestación obligatoria por resultar de una expresa imposición legal o responder al necesario y legítimo ejercicio de competencias propias que tienen garantizada su continuidad y cuya supresión puede resultar difícil o inadmisibles, aunque nada impida la transformación de su modo concreto de gestión, y aquellos otros que pueden haberse asumido de forma voluntaria en virtud de cláusulas amplias o generales de habilitación competencial o, dicho más claramente, sin un título competencial específico habilitante, cuya desaparición resulta ser una opción posible con el correspondiente impacto sobre las relaciones laborales⁵⁹⁰.

En este último caso la supresión del servicio presupone una eliminación de puestos de trabajo a través de la correspondiente modificación del catálogo o de la relación que deberá ir seguida de una reasignación de efectivos durante la cual podrán encomendarse a los funcionarios afectados tareas adecuadas a su cuerpo o escala en el bien entendido de que se trata de una asignación de funciones de carácter transitorio, y por ello las exigencias funcionales son más laxas que las que puedan darse para la asignación de una clasificación definitiva aunque deberán tenerse en cuenta determinados parámetros como pueden ser los requerimientos para el desempeño, el nivel formativo y valorar las necesidades y disponibilidades de los servicios. Dicho proceso de sucesión puede llegar a necesitar para su válida culminación la alteración de

plazas y a sus puestos de trabajo, pero se trataría de efectos colaterales e indirectos, aunque conexos, de la reordenación operada que deberían ser objeto de un tratamiento posterior.

⁵⁸⁹ Véase al efecto la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ CV 4681/2013.

⁵⁹⁰ Nótese al respecto que en el nuevo marco trazado por la legislación de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, los municipios pueden seguir prestando competencias distintas de las propias –por atribución genérica o sectorial, estatal o autonómica–, siempre y cuando no se comprometa el equilibrio financiero-presupuestario general y no se incurra en un supuesto de duplicidad o solapamiento competencial, tal como se explica en MELLADO RUIZ, Lorenzo. “El intento de clarificación de las competencias municipales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”. En GRACIA RUBIO, Fernando (Director). *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. Madrid: INAP, 2015, p. 38-41. Sobre la particular situación de los llamados servicios mínimos después de la reforma local, nos remitimos a BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. “La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 170, 2015, p. 21-52.

las estructuras profesionales que pueden haberse utilizado en su momento para la cobertura del servicio suprimido, lo que implica el necesario reajuste de plantilla con la eliminación de las correspondientes subescalas, clases y categorías, y la posterior reclasificación profesional de los afectados por el proceso de reasignación, una reclasificación que debería ser objeto de la negociación, entendiéndose que el objeto de la negociación no es la supresión del servicio, ni la alteración de la plantilla, sino fundamentalmente la correspondiente acomodación en la misma del personal funcionario que lo servía y que ahora deberá emplearse en otras actividades y funciones que han resultar compatibles con su grupo de clasificación en aplicación del principio de eficacia que resulta consustancial a la actuación de las Administraciones públicas⁵⁹¹.

Por tanto, podemos ya concluir lo siguiente:

- a) La creación o supresión de un servicio se integra dentro de las potestades de organización, con independencia de la repercusión que pueda tener sobre la estructura de la plantilla y de la relación de puestos, cuya modificación habrá de seguir el procedimiento de negociación establecido para la determinación de los correspondientes instrumentos de ordenación del personal.
- b) Cuestión distinta resulta ser la reglamentación del servicio cuyo contenido puede afectar a sus condiciones de prestación e incidir de forma esencial en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Será, pues, el contenido mismo de dicha regulación el que se acabe revelando como un factor con incidencia en las relaciones laborales, aunque conviene recordar que la razón de ser del régimen estatutario es la de su necesaria adaptación a las condiciones del servicio, por lo que nos parece cuestionables aquellas opiniones que mantienen que los estándares de calidad y las normas que pretenden garantizar la autonomía y la posición de los usuarios del servicio han de ser objeto de negociación con las organizaciones sindicales representativas de los funcionarios.

⁵⁹¹ Véase al efecto el interesante recorrido jurídico de la supresión del servicio de seguridad del municipio de Liérganes, constituido por dos auxiliares de policía local, que se instrumenta a través de la SJCA nº 1 de Santander de 30 de enero de 2013, ROJ: SJCA 3241/2013, la STSJ de Cantabria de 28 de enero de 2013, ROJ: STSJ CAN 40/2013, y la STSJ de Cantabria de 27 de junio de 2013, ROJ: STSJ CAN 390/2013, culminando en el ATS de 13 de noviembre de 2014, ROJ: ATS 10372/2014.

3.2.2. Potestad de organización y cambios en las formas de gestión

El artículo 85 LRBRL prevé que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse a través de formas de gestión directa e indirecta. Al mismo tiempo establece que se consideran formas de gestión directa las enumeradas a continuación: gestión por la propia entidad local, organismo autónomo local, entidad pública empresarial local y sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública. En lo relativo a las formas de gestión indirecta, estas se remiten a las distintas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos, en la LCSP 2011⁵⁹².

Como se ha dicho las corporaciones locales tienen plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia. Ahora bien, una cosa es constituir el servicio y otra es organizarlo, es decir, elegir su forma de gestión. La elección de la forma de gestión de un servicio no es enteramente libre y ha de sujetarse a una serie de reglas de configuración del derecho de los entes locales a organizar sus servicios que se deriva en su esencia del principio de autonomía local⁵⁹³.

En primer lugar, la libertad de una corporación local para optar por un determinado modo de gestión de un servicio público tiene, hoy por hoy, una clara limitación en el artículo 85.2.B) LRBRL, cuando señala que: “La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleo Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones”. Correlativamente, el artículo 9.2 EBEP 2015 nos precisa que: “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Por lo tanto, parece que no podrá optarse por una forma de gestión indirecta para la realización de actividades y la prestación de servicios que impliquen el ejercicio de potestades públicas, descontando que la posible reserva relacionada con la salvaguardia de los intereses generales que a primera vista parece dejar en manos de la propia Administración la declaración de cualquier actividad como propia de un interés público calificado, se ha de interpretar

⁵⁹² Referencia que después de la aprobación de la Ley LCSP se ha de entender hecha al contrato de concesión de servicios.

⁵⁹³ Como tempranamente se advierte en SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas, 1992, p. 45-50.

restrictivamente y reservar para supuestos excepcionales⁵⁹⁴. Por lo que puede afirmarse que en la práctica es el concepto ejercicio de potestades públicas el que acaba apareciendo como el único límite real que puede oponerse a una posible opción por una modalidad de gestión indirecta para la prestación de un servicio público. Por tanto, el necesario ejercicio de potestades públicas impide que la Administración pueda contratar sus servicios públicos con un operador privado y obliga a que este tipo de actividades se desarrollen necesariamente a través de las modalidades de gestión directa que permiten la integración de funcionarios^{595 596}.

Un límite más genérico y menos preciso se establece en el artículo 85.2 LRBRL, cuando se dice que los servicios de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas en el mismo precepto. Por lo tanto, la elección entre la gestión directa y indirecta deberá fundarse en el mandato legal mencionado, teniendo en cuenta que dicha opción habrá de efectuarse en el contexto establecido por la Ley orgánica 2/2012, de 27

⁵⁹⁴ A tener en cuenta que la inclusión en esta reserva del concepto salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras Administraciones públicas permite una lectura más o menos restrictiva de su posible alcance, es decir, la salvaguardia del interés general es el elemento característico de toda acción pública, pero en la concepción comunitaria de las limitaciones a la libre circulación de trabajadores entre los Estados de la Unión que caracteriza a la concepción funcional que determina el ámbito propio de la función pública en el horizonte europeo, dicho concepto es objeto de una interpretación más restrictiva referida a aquellos intereses públicos particularmente cualificados. Los intereses generales bajo esta acepción serían equiparables a intereses supremos, los más trascendentes dentro de la jerarquía posible de intereses protegibles por la Administración, de manera que su alto rango e importancia política pudieran justificar el establecimiento de límites al empleo de los trabajadores no nacionales, intereses estos que deberían calificarse expresamente por la propia colectividad pública. En todo caso ha de hacerse notar que la excepción referida al ejercicio de las funciones que impliquen ejercicio de potestades públicas o responsabilidad en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones públicas, se formula en nuestra legislación en términos de disyunción, y no copulativamente, con lo que puede constatarse la aplicación por separado de los dos criterios posibles: el ejercicio de autoridad pública o la salvaguardia de intereses generales especialmente calificados expresiva de la especial relación de solidaridad y fidelidad que ha de establecerse entre el empleado y el Estado o la colectividad pública correspondiente. Seguimos en estas líneas el razonamiento planteado en GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*. Madrid: CES, 1996, p. 217-231.

⁵⁹⁵ Nótese que los artículos 275.1 y 301.1 LCSP 2011, ahora sustituidos por los artículos 284.1 y 17 LCSP 2017, determinan expresamente que en ningún caso podrán prestarse mediante gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, lo que no deja de ser una fórmula reduccionista de la establecida en el artículo 85.2.B) LRBRL, que excluye expresamente de la contratación a las funciones objeto de la reserva contenida en el artículo 9.2 EBEP, es decir, a las que impliquen el ejercicio de las potestades públicas o colaboración en la salvaguardia de los intereses generales de las Administraciones públicas.

⁵⁹⁶ Sobre el ejercicio de potestades públicas como límite a la libertad de organización de la que disfruta la Administración para la elección de la forma de gestión de los servicios públicos, resulta de interés la aportación de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La decisión administrativa de externalizar, *ob.cit.* p. 69-118, cuyas ideas tienen continuidad en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones públicas”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Directores). *Crisis económica y función pública*. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 151-191, precisamente en este último trabajo se hace un esfuerzo por definir el ejercicio de potestades públicas asimilándolas a una idea de mando, potestad, imperio o posibilidad de determinar la conducta de otras personas, advirtiéndose de que entrarían dentro de este ámbito las funciones que exterioricen una actividad pública que tenga una directa trascendencia para la definición de la situación jurídica de otros sujetos de derecho y las funciones que sobrepasen el ámbito del derecho común por consistir en prerrogativas o poderes coercitivos que obliguen a los ciudadanos, señalando también que concretar estas ideas en el ámbito de las actuaciones de las distintas Administraciones públicas, no resulta fácil.

de abril, de Estabilidad Presupuestaria, cuyo artículo 7.2 establece que: “La gestión de los recursos públicos estará orientada por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización del gasto y de mejora de la gestión del servicio público”⁵⁹⁷.

Las implicaciones de lo expuesto suponen que el principio tradicional de libertad de elección entre los diferentes modos de gestión ha de dejar paso ahora a una decisión basada en la acreditación de la opción por el “modo de gestión más sostenible y eficaz”, lo que presupone la obligación de evaluar las decisiones sobre el modo concreto de satisfacer las necesidades públicas a la luz de los principios de eficacia, eficiencia, calidad, racionalidad del gasto y mejora de la gestión que se han de interrelacionar siempre con el adecuado mantenimiento de la estabilidad presupuestaria, la sostenibilidad financiera y el cumplimiento de la regla de gasto⁵⁹⁸.

En particular, conviene recordar que el nuevo artículo 116 bis LRRL prevé que las corporaciones locales incumplidoras del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto se verán obligadas a formular un plan económico-financiero que puede prever un sistema de gestión integrada o coordinada de los servicios obligatorios que presta la entidad local y la adopción de medidas propias que promuevan un proceso de

⁵⁹⁷ De ahí que se haya podido decir que la gestión sostenible y eficiente limita la potestad de autoorganización de los entes locales, como se sostiene en BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. “Redimensionamiento del sector público local”. En *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. QUINTANA LÓPEZ Tomás (Director). Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁵⁹⁸ No estará de más advertir que con anterioridad a este mandato se había señalado la excepcionalidad o subsidiariedad de la contratación externa como medio de prestación de servicios y actividades públicas que se derivaba del principio de racionalidad de la contratación formulado en el artículo 22.1 LCSP 2011, ahora sustituido por el principio de necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación del artículo 20.1 LCSP 2017 con el mismo redactado, donde se disponía que la Administración no podrá: “celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales”, tal como se señala en CANTERO, Josefa. La decisión administrativa de externalizar y su repercusión, *ob.cit.*, p. 102. En la doctrina más moderna se insiste en la existencia de una cierta presunción a favor de las formas de gestión indirecta que se desprende del relevante papel que juega la necesidad de favorecer la libre competencia y la actuación del mercado, tal como se plantea TORNOS MAS, Joaquín. La remunicipalización de los servicios locales, *ob.cit.*, p. 43-44. En la misma dirección, VILLAR ROJAS, Francisco José. “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”. En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 58-59, 2016, p. 104, advierte de la clara preferencia del legislador estatal por la gestión indirecta frente a las formas directas de gestión de carácter empresarial, utilizando al efecto el artículo 86.2.a) LRJSP, donde se introduce una nueva regulación de las entidades públicas como “medio propio y servicio técnico” de las Administraciones que se condiciona a que la misma: “sea una opción más eficiente que la contratación pública y resulte sostenible y eficaz, aplicando criterios de rentabilidad económica”. Discutiendo la pertinencia de este criterio que invierte la regla existente hasta la fecha que suponía que la contratación debería considerarse solo en casos de insuficiencia de medios propios de la Administración y que remite la elección del modo de gestión a un criterio estricto de rentabilidad económica en detrimento de otros como pueden ser el principio de eficacia y de servicio público de calidad a los ciudadanos, BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier. “La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”. *Documentación Administrativa*. Nº 2, 2015, p. 1-8.

racionalización organizativa, lo que sin duda puede disminuir de una manera exponencial su capacidad de elección sobre las formas y modos de gestión de los servicios públicos⁵⁹⁹.

Como una concreción de lo dicho en el párrafo anterior, al enumerar el artículo 85.2.A) LRBRL las formas de gestión directa advierte de que solo podrá hacerse uso de las formas de entidad pública empresarial y de sociedad mercantil local cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas de gestión directa por la propia entidad local y de organismo autónomo local, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y de recuperación de la inversión. Dicho precepto señala también que además deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación, en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio así como el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados; a esos efectos se deberá recabar informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas a la luz de lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

De esa manera se muestra de una forma explícita una pauta de prelación entre los modos concretos de gestión directa de los servicios, optándose de una manera clara por un criterio de preferencia legal a favor de la gestión por la propia entidad local y por el organismo autónomo local. Asimismo, se imponen una serie de cargas justificativas para hacer uso de las formas de entidad pública empresarial local y de sociedad mercantil de capital local tales como la elaboración de una memoria en la que conste el asesoramiento recibido e informe del coste de servicio y sobre su sostenibilidad financiera y eficiencia de parte del interventor, lo que sin lugar a dudas puede acabar dificultando o como mínimo entorpeciendo aquellos modos de gestión que más se caracterizan por su proximidad a la formula empresarial⁶⁰⁰. Por tanto, resulta evidente que con la introducción de esta legislación queda matizado el denominado principio

⁵⁹⁹ Sobre esta cuestión nos remitimos al trabajo de PONCE SOLÉ, Juli. Remunicipalización y privatización de los servicios públicos, *ob.cit.*, p. 95-96.

⁶⁰⁰ En esta dirección, MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “Ordenación del sector público instrumental después de la LRSAL”. En *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. GRACÍA RUBIO, Fernando (Director). Madrid: INAP, 2015, p. 446-469. Este criterio de preferencia por las formas públicas de gestión parece detectarse también en la reciente RJSP, que pretende establecer los mecanismos necesarios para poder controlar la transformación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales en sociedades mercantiles y fundaciones con el fin de evitar el fenómeno de la huida de los controles del derecho administrativo, transformación que cuando se orienta en una perspectiva “privatizadora” exige el cumplimiento de una serie de garantías: memoria justificativa, análisis de eficiencia, análisis de los efectos sobre el personal e informe preceptivo de los órganos de intervención, tal como se señala en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”. *Documentación Administrativa*. Nº 2, 2015, p. 8.

de libertad en la forma de elección del modo de gestión en los servicios públicos que resultaba vigente hasta la fecha y cuya mejor expresión era el artículo 30 del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales⁶⁰¹.

Con todo, esta exposición quedaría incompleta si no advirtiéramos que el debate sobre la elección de las formas de gestión tiene un indudable componente ideológico que se manifiesta en el cambio y la transformación de las estructuras organizativas a través de los procesos de externalización y internalización de servicios, que en la práctica no resultan ser otra cosa que una modificación del modo de gestión para imponer una forma indirecta o directa de prestación, y en procesos de integración o de diferenciación, que pueden llegar a pautar la elección entre las distintas formas de gestión directa⁶⁰².

Los procesos de externalización de servicios presuponen el traslado a sujetos privados de actividades y servicios que corresponde asegurar a la Administración en base a una decisión de la misma⁶⁰³. Dicha transferencia se produce siguiendo los procedimientos marcados por la legislación de contratos del sector público. Tal como se dice en el artículo 284.1 LCSP 2017, cualquier Administración: “podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares”. Por tanto, lo que caracteriza a la gestión indirecta de servicios es que, a través de ella, una entidad pública transfiere a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio anteriormente realizada por ella misma sin perder la titularidad y el control de la misma, conservando la capacidad de recuperarla por razones de interés público⁶⁰⁴.

⁶⁰¹ Dicho precepto decía lo siguiente: “Las Corporaciones locales tendrán plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como en el económico o en cualquiera otros aspectos”, la observación en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luís. “El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”. En CARRILLO DONAIRE, J.A.; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La reforma del régimen jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2014, p. 601.

⁶⁰² Al respecto resultan de interés las atinadas observaciones de ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, Koldo. “Els dilemes del disseny organitzatiu en la gestió pública”. En LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (editors). *Els escenaris de la gestió pública del segle XXI*. Barcelona: EAPC, 2007, donde se advierte del carácter simbólico de las reorganizaciones administrativas y de su indudable valor político.

⁶⁰³ Tomamos la definición de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La decisión administrativa de externalizar y su repercusión, *ob.cit.*, p. 73. Suele asimilarse la externalización de servicios a su privatización. En todo caso, el concepto de privatización como transferencia de lo público a lo privado resulta ser más amplio, incluyendo también la utilización instrumental del derecho privado por parte de personas públicas, tal como se aclara en PONCE SOLÉ, Juli. “Una aproximación al fenómeno privatizador en España”. *Revista de Administración Pública*. Nº 139, 1996, p. 345-348.

⁶⁰⁴ Como se ha dicho, la externalización implica una actividad preexistente de una organización pública que se decide sacar fuera y “comprársela” a un agente externo. Al respecto, OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca. “Cara y cruz de la externalización”. En ORTEGA ÁLVAREZ, Luís (Director). *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?* Madrid: INAP, 2011, p. 40.

El recurso a esta técnica de externalización parece encontrar su legitimación última en base a su mayor eficiencia (menor coste) y eficacia (mejor calidad) que se consiguen en función de un grado más elevado de especialización y de competitividad en la producción del servicio. Al mismo tiempo, los costes del servicio se vuelven variables, los riesgos se transfieren al exterior y aumenta la capacidad de adaptación frente a posibles cambios en las demandas de los usuarios⁶⁰⁵.

En todo caso, es evidente que los procesos de externalización pueden llegar a afectar al empleo público en la medida que tienen como consecuencia inmediata una reducción y limitación de su extensión y una posible restricción de las propias expectativas de promoción de sus empleados⁶⁰⁶. La externalización de servicios se asocia a una disminución de la seguridad, la estabilidad y las garantías que las normas aseguran a los empleados públicos al llevar aparejada una posible transformación de puestos originalmente permanentes en temporales. Los procesos citados se asimilan también a un deterioro de las condiciones de trabajo en términos de equivalencia con las existentes en la organización de origen⁶⁰⁷. La interiorización de servicios supone recuperar la gestión directa de los que se están prestando de forma indirecta. Por tanto, los procesos de recuperación de servicios para la gestión directa actúan exclusivamente sobre las formas de gestión.

A la vista de lo que se ha dicho más arriba es evidente que la decisión de gestionar directamente una actividad deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación directa del servicio y ser compatible con las exigencias de la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera sin que a priori parezcan importar los argumentos relacionados con la consecución de una mayor estabilidad del personal que presta unos servicios que nunca han dejado de ser

⁶⁰⁵ Los estudios más aplicados en esta materia demuestran que la opción por la externalización está en gran medida motivada por la rigidez y el elevado coste de gestión de la participación de los trabajadores públicos en la prestación del servicio y por la frecuencia con la que nuestra Administración padece un déficit de actualización tecnológica en la gestión de ámbitos muy dispares y muy especializados. Al respecto, véase el trabajo de RAMIÓ MATAS, Carles; SALVADOR SERNA, Miquel; GARCÍA CODINA, Oriol. *Els determinats i la gestió de l'externalització a Catalunya. Món local i món autonòmic*. Barcelona: EAPC, 2007, p. 117-119.

⁶⁰⁶ Tal como se afirma en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público, ob.cit., p. 70.

⁶⁰⁷ En esta línea puede verse los trabajos de SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. "Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo". En *Revista de Derecho Social*. Nº 39, 2007, p. 5-8; de FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel. *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*. Albacete: Bomarzo, 2015, p. 10-12; y de TRILLO PÁRRAGA, Francisco. "Efectos jurídico laborales de la externalización de servicios públicos". En *Externalización y reversión de contratos en Castilla-La Mancha*. APARICIO TOVAR, Joaquín. Albacete: Bomarzo, 2017, p. 214-221.

públicos o la equiparación de sus condiciones laborales con las existentes en el seno de las respectivas Administraciones públicas⁶⁰⁸.

Por otra parte, no estará de más recordar que han sido las propias necesidades de control del gasto público las que en un determinado momento han impulsado a nuestras Administraciones a asumir la prestación directa de actividades previamente descentralizadas en favor de empresarios contratistas o concesionarios a los que se había acudido como forma de gestión de diferentes servicios de muy distinto género. Al respecto, el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a proveedores de las entidades locales, el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el fondo para la financiación de los pagos a proveedores, y el Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico, contienen una serie de disposiciones cuya intención última consiste en crear las condiciones necesarias para permitir la cancelación por las entidades locales de sus obligaciones pendientes de pago con sus proveedores derivadas de la contratación de obras, suministros y servicios. Como se sabe, este mecanismo de financiación comporta una operación de endeudamiento a largo plazo y la obligación por parte de las entidades locales que se acojan al mismo de aprobar un plan de ajuste que ha de responder a unos objetivos y contenidos básicos para garantizar la sostenibilidad financiera de la operación. Dicho plan de ajuste se ha de valorar favorablemente por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para que quede autorizada la operación de endeudamiento y se constituya en una referencia ineludible para la elaboración de los presupuestos generales de las entidades locales en los ejercicios que se correspondan con el período de amortización de la deuda contraída.

El artículo 7 del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, estableció que el plan de ajuste: “podrá incluir modificación de la organización de la corporación local”. El mismo precepto señala que el plan de ajuste tiene que contemplar una adecuada financiación de los servicios públicos prestados mediante tasa o precio público, es decir, tiene que contemplar un sistema de autofinanciación de los servicios locales, lo que sin duda incidirá sobre su forma de gestión desde el prisma estricto de su racionalización, lo que conlleva la necesidad de analizar exhaustivamente la necesidad de su prestación o el abaratamiento de sus posibles costes. Aquí resultan fundamentales las propuestas que se pueden deducir en base al contenido de Orden

⁶⁰⁸ En este sentido, GIMENO FELIU, José María. “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”. En *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 58-59, 2016, p. 52.

HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el Modelo de Certificado Individual, el Modelo para su Solicitud y el Modelo de Plan de Ajuste, previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, que contiene un importante Anexo III relativo a los posibles contenidos del plan de ajuste donde se detallan una serie de medidas entre las que resalta la medida 7 relativa a: “Contratos externalizados que considerando su objeto puedan ser prestados por el personal municipal actual”.

Obviamente, dicha medida obliga a plantearse la situación de los servicios externalizados y su posible paso a gestión directa en todos aquellos municipios que hayan de aprobar el correspondiente plan de ajuste, con lo que mal se puede decir que la operación de internalización de servicios sea en sí misma considerada una operación de carácter ideológico, cuando ha sido considerada por el propio Estado como una medida propia de los procesos de reestructuración interna que se han podido dar en el ámbito local como consecuencia de la crisis financiera.

En todo caso, la opción por la gestión directa obliga a plantearse si los trabajadores afectados por este traspaso de actividades pueden o no integrarse en la Administración que asume la prestación del servicio, considerando cuales pueden ser los límites y las condiciones de este proceso de integración en función del particular régimen de acceso a los empleos públicos que pauta nuestra legislación y, principalmente, cuáles pueden ser las consecuencias de esa integración sobre los posibles derechos del personal preexistente que ha accedido a las plantillas públicas a través de ofertas que promueven el libre acceso y de procedimientos ordinarios fundamentados en la igualdad y el mérito de todos los ciudadanos que reúnan los requisitos de capacidad para participar en los correspondientes procesos selectivos.

Desde una perspectiva interna, la integración puede suponer para los que ya han accedido a la función pública a través de sistemas fundados en los principios de igualdad y mérito una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo. De hecho, una asunción de personal procedente de una forma privada de gestión de un servicio puede tener una indudable incidencia sobre el espacio del empleo público profesional; es decir, sobre el posible desempeño de puestos cuyas funciones deberían estar reservadas a funcionarios, sobre la provisión de puestos ocupados o que se pudieran ocupar en el futuro por el personal integrado, y sobre la particular

situación del personal interino que vería complicarse una posible estabilización a través de la sustracción de posiciones que de otra manera podrían estar en condiciones de ocupar.

Dentro de los modos de gestión directa resulta de un extraordinario interés el fenómeno de las personificaciones instrumentales y sus dimensiones cuantitativas y cualitativas. Recordemos al efecto que los servicios públicos locales pueden gestionarse por las propias entidades locales o a través de organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles, cuyo capital social sea de titularidad pública. El número de estas personificaciones no ha parado de crecer de una forma desordenada en los últimos años hasta el punto de haberse constituido en un verdadero fenómeno que parece haberse acreditado como la principal muestra de la llamada “huida del derecho administrativo”⁶⁰⁹.

Es por ello que se ha establecido una determinada relación entre la estructura de la Administración y su excesiva diversificación en entes instrumentales, con la crisis económica y la necesidad de recuperar el principio de buena administración, garantizando la estabilidad y la sostenibilidad financiera de los servicios públicos⁶¹⁰. De hecho, se ha dicho que el impacto de la toma de decisiones en el ámbito de la organización administrativa en el déficit público resulta fuera de toda duda, señalando al respecto que la organización se ha considerado un ámbito de libre disposición de los gestores públicos que el derecho no ha sido capaz de limitar y acotar, lo que ha llevado a una creación excesiva de entes que ha dado lugar a un sector público que ahora se hace preciso racionalizar reconsiderando las formas y los modos de prestación⁶¹¹.

En el ámbito local los cambios en la forma de gestión inducidos por la vía legislativa para reorganizar el sector público instrumental se pueden pautar en base a los siguientes bloques normativos:

⁶⁰⁹ Sobre el concepto, el número y la identificación del fenómeno de las personificaciones instrumentales con la huida del derecho administrativo, nos remitimos al trabajo de MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. *Les personificacions instrumentals locals*, *ob.cit.*, p. 63-69.

⁶¹⁰ MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 36, 2014, p. 2-3.

⁶¹¹ VILLAR ROJAS, “El derecho público de la crisis: lo que se ha hecho, lo que se puede hacer”. *Noticias de la Unión Europea*. Nº 325, 2012, p. 159-160; CUETO PÉREZ, Miriam. “Crisis económica y Administración Pública”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 99-100, 2014, p. 1069-1071; SOCIAS CAMACHO, Joana M. Huida del derecho público y racionalización administrativa, *ob.cit.*, p. 263-270; RAMALLO LÓPEZ, Fátima A. “Modelos de reforma de las Administraciones públicas: el caso de España”. En *Reestructuraciones de las Administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*. CASTILLO BLANCO, Federico A.; MONEREO PÉREZ, José Luis (Directores y coordinadores). Granada: Comares, 2015, p. 45-56.

a) El configurado por el ya citado Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a proveedores de las entidades locales, el Real Decreto-ley 7/2012, de 9 de marzo, por el que se crea el Fondo para la financiación de los pagos a proveedores, y el Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico. Como ya se ha dicho, el artículo 7 del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, estableció que el plan de ajuste, que debería aprobarse para garantizar la devolución de la pertinente financiación, podía incluir modificaciones en la organización de la corporación local. Por tanto, la reorganización de la entidad local y de su sector público instrumental se constituía en uno de los elementos a integrar en la elaboración del correspondiente instrumento de planificación. De ahí que la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, por la que se aprueban el modelo de certificado individual, el modelo para su solicitud y el modelo de plan de ajuste, previstos en el Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, previese en su Anexo III relativo a los posibles contenidos del plan de ajuste una medida 8 relativa a la disolución de aquellas sociedades mercantiles que presenten pérdidas que excedieran de la mitad del capital social, actualizándose al efecto la previsión contenida en el artículo 103.2 TRRL, donde se señalaba que: “Cuando las pérdidas excedan de la mitad del capital social será obligatoria la disolución de la Sociedad, y la Corporación resolverá sobre la continuidad y forma de la prestación del servicio”⁶¹². Una medida que resultaba coetánea de la Orden HAP/583/2012, por la que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, en el que se advertía, por una parte de un incremento sin paragón del sector público empresarial y fundacional en el ámbito autonómico y local, y por otra de la existencia en el sector público empresarial y fundacional estatal de duplicidades y solapamientos en las estructuras con ineficiencias operativas que conllevan el incremento del gasto, planteando una serie de estrategias e iniciativas que se esperaba resultaran relevantes y pudieran tener un efecto multiplicador en la medida en que los criterios de actuación que en el acuerdo se plasmaban fueran asumidos por las comunidades autónomas y las corporaciones locales, induciendo de

⁶¹² Sobre el proceso de reorganización derivado de la aprobación de los planes de ajuste nos remitimos a MONTROYA MARTÍN, Encarnación. Reestructuración de la Administración instrumental, *ob.cit.*, p. 117-124.

esta forma tan indirecta a una reducción sustancial de sus sectores empresariales y fundacionales.

b) El segundo bloque normativo se relaciona directamente con la aprobación de la LRSAL. Como se ha dicho en páginas anteriores dicha norma introduce un criterio legal de preferencia entre los modos de gestión por la propia de la entidad local y por la fórmula de organismo autónomo. Pero más allá de ese criterio de preferencia la norma en cuestión establece una serie de medidas preventivas y correctivas que se proyectan sobre los entes instrumentales que forman parte de un determinado sector público local. Como medidas preventivas, hay que tener en cuenta la regulación introducida a través de la nueva redacción de la disposición adicional novena de la LRBRL, que impiden a las entidades locales, durante el tiempo de vigencia de un plan económico-financiero o de un plan de ajuste, adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes públicos. En relación con los entes instrumentales preexistentes se prohíbe a estos entes locales, por el mismo período, la realización de aportaciones patrimoniales o la suscripción de ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tuvieran necesidades de financiación. Excepcionalmente, estas entidades locales podrán realizar aportaciones patrimoniales si en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto. Lógicamente una cuestión derivada de esta regulación es la posible tensión entre este tipo de prohibiciones que impactan sobre las posibles aportaciones patrimoniales y la obligación expresa de disolución de una sociedad municipal en base a la previsión del artículo 103.3 TRRL⁶¹³. Desde una perspectiva correctiva, hay que tener en cuenta el impacto que puede representar la obligación para aquellas entidades que desarrollen actividades económicas, estén adscritas a efectos del Sistema Europeo de Cuentas a cualesquiera de las entidades locales o de sus organismos autónomos, y se encuentren en situación de desequilibrio financiero, de aprobar, previo informe del órgano interventor de la entidad local, un plan de corrección de dicho desequilibrio. Si esta corrección no se cumpliera a 31 de diciembre de 2014, la entidad local en el plazo máximo de los seis meses siguientes a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del presupuesto del ejercicio 2014 de la entidad, según proceda, debía disolver cada una de las

⁶¹³ Como se advierte en el comentario de la nueva disposición adicional novena de la LRBRL que se realiza en MONTROYA MARTÍN, Encarnación. Ordenación del sector público instrumental, *ob.cit.*, p. 476-479.

entidades que continuará en situación de desequilibrio. De no hacerlo quedarían automáticamente disueltas el 1 de diciembre de 2015. Dichos plazos se ampliaban hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros. Ciertamente, el redactado transcrito plantea algunos interrogantes que pueden resolverse prestando una particular atención a la norma en cuestión. A primera vista, parece que dicha corrección solo ha de aplicarse a las entidades que desarrollen actividades económicas, una visión que resulta errónea si reparamos en que las cláusulas de ampliación de plazos temporales previstas en esta disposición se refieren también a entidades que presten servicios esenciales. De la misma manera el concepto de desequilibrio financiero que desencadena las medidas correctivas es susceptible de una doble lectura. La norma se cuida de matizar que la situación de desequilibrio se refiere a aquellas entidades que tengan la consideración de Administración pública a los efectos del Sistema Europeo de Cuentas, mientras que para los demás entes se entenderá como situación de desequilibrio la manifestada por la existencia de resultados negativos de explotación en dos ejercicios contables consecutivos. A propósito de esto, hay que hacer notar que tienen la consideración de Administración pública a los efectos del Sistema Europeo de Cuentas las entidades que reúnan tres características: 1) que puedan ser consideradas una unidad institucional con autonomía y contabilidad propia; 2) que la unidad institucional pueda ser considerada pública, lo que exige que se sitúe bajo el control efectivo de una Administración pública, control que se define por la capacidad para determinar la política general; 3) que la unidad institucional pública pueda ser considerada un productor no de mercado, entendiendo dicha producción como la que es suministrada gratuitamente o a precios económicos no significativos, circunstancia que se produce si las ventas no cubren el 50 por ciento de los costos de producción⁶¹⁴. Si se dan estas condiciones, lo que habrá de valorarse en el momento de adoptar las pertinentes medidas correctivas es la posible existencia o no de una necesidad de financiación en términos del Sistema Europeo de Cuentas, necesidad que habrá de adoptar una perspectiva globalizadora, es decir, comprensiva de todo el sector Administración pública vinculado o dependiente de una determinada entidad territorial, lo que presupone su integración por la respectiva entidad local, sus organismos, entidades públicas empresariales y sociedades dependientes que puedan ser calificadas como productores no de mercado. Tal como se señala explícitamente en la

⁶¹⁴ Tal como se detalla en FLORES DOMINGUEZ, Luís Enrique. “La reordenación del sector público local”. *Quaderns de Dret Local*. N° 34, 2014, p. 197.

disposición adicional novena LRBRL, la situación de desequilibrio se referirá, para los entes que tengan la consideración de Administración, a su necesidad de financiación en los términos del Sistema Europeo de Cuentas; dicho de otra manera, se medirá en términos de estabilidad presupuestaria con los criterios del Sistema Europeo de Cuentas y a nivel consolidado de todos aquellos entes que forman parte del sector Administración pública. Por tanto, si en la liquidación del presupuesto del ejercicio correspondiente, estas entidades presentan en su conjunto y a nivel consolidado una situación de estabilidad presupuestaria, su situación individual no requerirá ninguna medida de corrección. Si no es así, habrá que actuar sobre los correspondientes organismos, entidades, sociedades, consorcios y fundaciones. Es por eso que, muy probablemente, la intervención más decisiva inducida por esta legislación se acabe produciendo sobre el otro subsector que integra el ámbito público en el Sistema Europeo de Cuentas, es decir, el sector de sociedades no financieras, unidades del sector público, nacional, regional o local que pueden ser consideradas productoras de mercado y estén controladas por una Administración pública. Dicho subsector en nuestro caso es el las “sociedades no financieras”, conocidas como sociedades de economía de mercado, participadas mayoritariamente por una entidad local o aquellas sobre las que la entidad local tiene una influencia dominante y que se autofinancian con sus propios ingresos, sin contar con transferencias o subvenciones públicas, de manera que deberían estar en condiciones de hacer frente al menos al 50 por ciento de sus gastos de explotación. Para estas entidades empresariales y sociedades, la llamada “situación de desequilibrio financiero” se manifestará y constatará de una manera simple por la pura existencia de: “resultados negativos de explotación en dos ejercicios contables consecutivos”. Es decir, en una aplicación literal de la ley, ha de entenderse que esta situación no se mide en términos consolidados de estabilidad presupuestaria conforme al Sistema Europeo de Cuentas, sino que se manifiesta en términos concretos y singulares, fijándonos exclusivamente en el “resultado de explotación”, conforme a los criterios de contabilidad de empresas regulados por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad tal como aparezca referido en las cuentas de pérdidas y beneficios, un documento que forma parte de las cuentas anuales de cada sociedad⁶¹⁵. La situación de desequilibrio financiero aboca a la necesidad de aprobación de un plan de corrección de dicho desequilibrio, plan que puede exigir un redimensionamiento de la plantilla

⁶¹⁵ La situación de desequilibrio significa lisa y llanamente que la sociedad esté arrojando pérdidas, tal como se señala en MOROTE SARRIÓN, José Vicente. “Las sociedades públicas tras la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. En DOMINGO CEBALLOS, Manuel J. (Coordinador). *Reforma del régimen local. La ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés estudios*. Aranzadi: Navarra, 2014, p. 632.

de personal o una modificación de sus condiciones de trabajo, y si no se consigue superar esta situación, la misma situación de desequilibrio puede abocar a la disolución de estas sociedades, lo que obligaría forzosamente a pronunciarse sobre la continuidad o no de las actividades y servicios que se prestan y, en caso afirmativo, sobre la forma más pertinente para seguirlos prestando.

c) El tercer bloque normativo con incidencia sobre los organismos, entidades, sociedades y fundaciones que componen el sector público local ha de tomar como referencia forzosa la aprobación de la LRJSP. Esta Ley, que tiene como antecedentes los programas nacionales de reforma elaborados por el Gobierno en la anterior legislatura y los trabajos de la Comisión para la Reforma de la Administración Pública que culminaron en su Informe Ejecutivo presentado al Consejo de Ministros con fecha de 21 de junio de 2013, pretende regular el régimen jurídico de las Administraciones públicas, pero sobre todo pretende disciplinar el sector público institucional del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales, estableciendo un marco normativo que impida la creación de organismos innecesarios o redundantes y sirva para establecer la necesidad y asegurar la eficacia de los existentes a través de un mecanismo de supervisión continua que evalúe su funcionalidad y el cumplimiento de los objetivos que pudieron justificar su creación. Una supervisión que permite cuestionar su mantenimiento cuando hayan decaído las razones que justificaron su fundación o exista otro modelo más congruente o eficiente para satisfacerlas⁶¹⁶. En todo caso, de esta manera se establece un doble nivel de regulación: una serie reducida de normas básicas que se proyectan sobre todas las Administraciones y un paquete de normas pensadas para la Administración General del Estado, pero que van a tener un indudable impacto sobre un conjunto de aspectos relacionados con el sector público local por razones de remisión o de referencia como marco de actuación. Las normas básicas que serán de aplicación al Estado, a las comunidades autónomas y a las entidades locales se localizan en el Título II, Capítulo I, que la Ley dedica al sector público institucional. A nuestros efectos conviene aquí resaltar la importancia del artículo 81.2 LRJSP, donde se prevé que todas las Administraciones deberán establecer un sistema de supervisión continua de las entidades dependientes, con el único objeto de comprobar la subsistencia de los motivos que justificaron su creación y sostenibilidad financiera, y que deberá incluir la formulación expresa de propuestas de mantenimiento, transformación o extinción. La Ley nada dice sobre el sistema de supervisión que hayan de establecer los diferentes entes

⁶¹⁶ Lo que lógicamente plantea un nuevo proceso de reestructuración institucional, como se afirma en ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 43, 2016, p. 2.

territoriales. De hecho, el artículo 85 LRJSP que lo contiene se limita a diseñarlo para las entidades integrantes del sector público institucional estatal, lo que no quiere decir que el modelo establecido no se acabe constituyendo en una indispensable referencia de cómo deben articularse estos sistemas en el ámbito local⁶¹⁷. El sistema en cuestión se articula en base a un control de eficacia y un método de supervisión continua. El control de eficacia tiene como fundamento último la elaboración de un plan de actuación que en principio se ha de aprobar en el momento de la creación del organismo, lo que no quiere decir que no deba ser adoptado por las entidades preexistentes en un término prudencial. Dicho plan de actuación ha de contener las líneas estratégicas en torno a las cuales se desenvolverá la actividad de la entidad, que se revisarán cada tres años, y que se completará con planes anuales que desarrollarán el de creación para el ejercicio siguiente. La función última del control de eficacia será evaluar el cumplimiento de los objetivos propios de la actividad específica de la entidad y la adecuada utilización de los recursos por referencia al plan de actuación y a sus actualizaciones anuales. Paralelo al control de eficacia, que se atribuye al departamento sectorial de adscripción, corre el mecanismo de supervisión continua que se ejerce por el departamento competente en materia de hacienda y los órganos de intervención, y que consistirá en una serie de actuaciones de evaluación tendentes a verificar la subsistencia de las circunstancias que justificaron su creación, su sostenibilidad financiera, y la concurrencia de las pertinentes causas de disolución referidas al incumplimiento de los fines que justificaron su creación, a que la subsistencia de la correspondiente entidad no sea el medio más idóneo para lograrlos o a la detección de una situación de desequilibrio financiero. En todo caso, la confluencia de los mecanismos de control de eficacia y de supervisión continua se ha previsto en la Ley con la única y exclusiva finalidad de plasmarse en un informe sujeto a procedimiento contradictorio que, según las conclusiones que se obtengan, podrá contener recomendaciones de mejora o una propuesta de transformación o supresión del respectivo organismo público o entidad. En este punto, hay que traer a consideración el artículo 85 bis.1 LRBRL, un precepto donde se prevé expresamente que la gestión directa de los servicios de competencia local se llevará a cabo a través de organismos autónomos y entidades públicas empresariales locales que se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 LOFAGE, con una serie de especialidades. Al respecto, no estará de más advertir de que la LRJSP ha venido a sustituir determinados aspectos orgánicos de la LOFAGE, lo que de forma inmediata plantea la cuestión de si la remisión hecha a determinados preceptos de la LOFAGE por la legislación de régimen local ha de entenderse

⁶¹⁷ Cómo se advierte en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “El Sector Público Local tras la Ley 40/2015: retos inmediatos y cuestiones abiertas”. *Diario de Derecho Municipal. IUSTEL*. 26/09/2016, p. 2.

realizada a los preceptos equivalentes de la LRSAL⁶¹⁸. En este punto, hay que precisar que los preceptos que son objeto de remisión por las bases de régimen local para establecer el régimen jurídico de sus organismos y entidades públicas son los relativos a funciones, ejercicio de potestades, reglas para el nombramiento de los titulares de los órganos superiores y directivos, personal, patrimonio, contratación, presupuestos, control de eficacia, impugnación y reclamaciones contra los actos. En cambio, las normas sobre creación, modificación y extinción de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales en la LOFAGE son reglas referidas a las personas jurídicas públicas integradas en la Administración general del Estado, como lo son sus homónimas referidas a creación, transformación, fusión, disolución, liquidación y extinción establecidas en la LRJSP. Podrá pensarse que existe en nuestra legislación de régimen local un cierto principio tendente a la unificación del régimen jurídico de las entidades instrumentales del sector público local con el régimen jurídico de los organismos públicos del Estado que ha sido avalado por las SSTC 103/2013, de 25 de abril, 143/2013, de 11 de julio, y 161/2013, de 26 de septiembre, pero el salto es muy grande para cubrirlo a través de técnicas de reenvío que obvian la competencia en esta materia de nuestras comunidades autónomas o la posibilidad de cubrir la anomia existente a través de la potestad reglamentaria y de organización de la propia entidad local.

Lo dicho hasta aquí, no nos ha de hacer olvidar que los mecanismos dispuestos para ejecutar las posibles decisiones de transformación, fusión, absorción o disolución de organismos del sector público que se desprenden de los bloques normativos que se han podido identificar adoptan en la mayoría de los supuestos descritos un claro prisma de conservación de las relaciones jurídicas existentes que se plasma en la idea de una sucesión universal de derechos y obligaciones jurídicas dentro de la serie de entes que aparecen adscritos a un mismo sector público con independencia de su naturaleza jurídica, sucesión entre la que habría que entender comprendidas las referidas a las relaciones de personal; sucesión a la que se quiere llegar propiciando una integración de medios personales en las estructuras orgánicas que pudieran quedar subsistentes después de las oportunas operaciones de reestructuración. Dicha integración se quiere obtenerse utilizando al efecto los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública y en el ordenamiento laboral que pudieran resultar aplicables, en el bien entendido de que dichos procesos tienen como límites objetivos

⁶¹⁸ Lo que se da por descontado en ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. Organización y funcionamiento del sector, *ob.cit.*, p.10, mientras que otros autores como JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. El Sector Público Local, *ob.cit.*, plantean posiciones más prudentes, advirtiendo que la LRJSP, modifica algunos aspectos importantes del régimen jurídico de los organismos públicos, por lo que no resulta procedente una traslación mecánica de los preceptos de la LRJSP a las previsiones que en su día llevo a cabo la LOFAGE y que determina el artículo 85 bis.1 LRBRL.

la atribución de la condición de funcionario al personal laboral que pueda acabar prestando servicios en el correspondiente organismo público, con independencia de que pueda seguir desempeñando “a extinguir” funciones reservadas al personal funcionario, y también el mantenimiento del montante retributivo preexistente⁶¹⁹.

Por otra parte, hay que advertir de que determinadas operaciones de reorganización de organismos que implican pérdidas de actividad, ineficiencias operativas y duplicidades o redundancias funcionales, pueden dar lugar a un exceso de personal sobre el que se proyectan una serie de medidas que muy tempranamente se denominan de “redimensionamiento”⁶²⁰, concepto que resulta perceptible en la última regulación de los procesos de fusión y extinción de organismos públicos⁶²¹.

Por lo demás, la experiencia vivida en los procesos de reestructuración de entes públicos del Estado y de algunas comunidades autónomas, como pueden ser la de Andalucía y la del País Valenciano, nos demuestra que la reconsideración del sistema de organismos de un determinado sector público no ha sido precisamente pacífica⁶²².

⁶¹⁹ Baste como muestra, el acuerdo quinto de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, que establece como estrategias posibles de intervención en materia de personal la aprobación de planes de redimensionamiento y la articulación de procesos de integración del personal laboral entre entidades de diferente naturaleza jurídica. También, el artículo 87.2 LRJSP, referido a las transformaciones de las entidades integrantes del sector público institucional estatal que consagra el principio de sucesión universal de derechos y obligaciones de la entidad transformada. Los mismos preceptos nos recuerdan que la integración del personal que se lleve a cabo como consecuencia de los acuerdos de transformación no supondrá, por sí misma, la atribución de la condición de funcionario público, habrá de respetar, en todo caso, los principios de igualdad, mérito y capacidad, y de su ejecución no podrá derivarse incremento alguno de la masa salarial en las entidades afectadas.

⁶²⁰ El acuerdo cuarto de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, se refiere expresamente a la necesidad de aprobar un plan de redimensionamiento sobre la adecuación de las estructuras orgánicas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de su nueva situación. El artículo 94.4 LRJSP, referido a la fusión de organismos público estatales, demanda que se acompañe la norma de fusión con un plan de redimensionamiento para la adecuación de las estructuras organizativas, inmobiliarias, de personal y de recursos resultantes de la nueva situación y en el que debe quedar acreditado el ahorro que generará la fusión. A resaltar que el acuerdo quinto de la Orden precitada resulta muy expresivo cuando señala explícitamente que las medidas laborales producidas en ejecución de un plan de redimensionamiento: “se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”.

⁶²¹ De hecho, la STS de 28 de enero de 2015, ROJ: STS 997/2015, da carta de naturaleza a los procesos de redimensionamiento de plantillas que se producen por la entidad resultante después de una fusión, en base a operaciones de simplificación y reorganización en los servicios centrales. En la misma dirección, la STSJ de Madrid de 18 de marzo de 2016, ROJ: STSJ M 3108/2016.

⁶²² Al respecto, FERRADANS CARAMÉS, CARMEN. “La reordenación del sector público: Efectos de la integración del personal en las agencias”. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sevilla: 2011, p. 1-17; FERRADANS CARAMÉS, Carmen. “La reordenación del sector público tras la crisis: Algunos efectos jurídico laborales”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 155, 2012, p. 101-123; ESCUIN PALOP, Catalina. “La

El análisis de los procesos de racionalización del sector público autonómico revela una serie de conflictos centrados en los aspectos siguientes:

a) La reserva del ejercicio de potestades públicas a personal funcionario. Una reserva que puede quedar afectada cuando se encomiendan potestades públicas a entes instrumentales de naturaleza privada cuyo personal está sometido íntegramente al régimen jurídico laboral, lo que presupone el desplazamiento hacia esas entidades de personal funcionario en régimen de adscripción forzosa y obliga a plantearse los límites de su régimen de movilidad; una reserva también que puede implicar el desempeño de dichas potestades por intermediación de funcionarios radicados en la estructura de la Administración matriz, pero bajo control en su actuación de la entidad instrumental, lo que acaba por representar un extraño régimen de desdoblamiento de la relación orgánica y funcional de empleo público. De la misma manera, la cuestión de las funciones reservadas a personal funcionario se suscita cuando se integra en un organismo público personal en régimen laboral que ha de seguir desempeñando forzosamente puestos que en la clasificación preexistente se consideran reservados a funcionarios.

b) El régimen de integración del personal procedente de entidades de derecho privado en entidades públicas. Lo que comporta el posible ingreso directo a una plantilla pública de personal perteneciente a empresas o fundaciones del sector público, que ha sido contratado de forma poco escrupulosa de acuerdo con el ordenamiento jurídico privado, acceso que se produce a través de la aplicación objetiva de la técnica de sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, es decir, sin oferta de empleo público y sin un procedimiento regular fundamentado en el principio de igualdad y mérito.

c) La posible afectación del derecho a la carrera y a la promoción profesional. Una repercusión que puede producirse sobre las personas que han accedido a un empleo público en condiciones de igualdad y mérito, cuando se permite el acceso masivo de personal laboral procedente de entidades de derecho privado al empleo de una entidad de naturaleza pública⁶²³.

Es evidente que la serie de problemas que plantea la racionalización del sector público no termina aquí. Algunos resultan ser propios y específicos del personal laboral de los organismos,

reordenación del sector público: Análisis particular de la reorganización valenciana”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*. Nº 46, 2013, p. 41-73; GONZALEZ RÍOS, Isabel. “Hacia una racionalización “estructural” de los entes instrumentales: principios y reglas de inexcusable cumplimiento”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Nº 88, 2014, p. 13-60.

⁶²³ Un análisis exhaustivo de las distintas situaciones y conexiones que al respecto se pueden dar se obtiene de una lectura atenta de la STC 236/2015, de 19 de noviembre, que aborda la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía.

entes, sociedades y fundaciones del sector público, como pueden ser los que se citan, sin ánimo de exhaustividad, de la forma siguiente:

- a) Los suscitados por la decisión pública de reestructurar y la justificación de las posibles causas del despido objetivo⁶²⁴.
- b) Los derivados de la asimilación hecha entre la extinción de un organismo público y la pérdida de la personalidad jurídica del contratante⁶²⁵.
- c) Los nacidos en los supuestos de supresión, disolución y extinción de entidades del posible mantenimiento y extinción de actividades, lo que presupone estar al régimen de sucesiones empresariales o al de extinciones contractuales por causas organizativas⁶²⁶.

⁶²⁴ Nuestros tribunales laborales vienen rechazando que la adopción de simples medidas de reestructuración administrativa, con carácter preventivo o ejecutivo, puedan fundar una causa autónoma de resolución de las relaciones laborales, como se puede ver en la STS de 21 de mayo de 2014, ROJ: STS 3410/2014. Concretamente, la STS de 28 de enero de 2015, ROJ: STS 997/2015, advertirá que las causas objetivas de despido operan con independencia de los acuerdos de reestructuración que puedan adoptarse por los diferentes órganos de gobierno y que se han de probar objetivamente en función de las circunstancias acreditadas después de la producción de cada situación; la STS de 24 de marzo de 2015, ROJ: STS 3173/2015, descartará posibles decisiones extintivas fundamentadas autónomamente en decisiones ejecutivas de reestructuración y reorganización del sector público. En sentido contrario, parece orientarse la doctrina contenida en la STS de 19 de julio de 2016, ROJ: STS 4032/2016, donde se recupera una vieja línea de distinción entre los despidos producidos por iniciativa del empresario, que se han de sujetar a las causas y los procedimientos debidos por naturaleza objetiva, y los que vienen determinados por el obligado cumplimiento de una disposición legal, afirmando la doctrina de la extinción por “*factum principis*”, entendiendo por tal toda decisión del poder o de la autoridad pública imprevisible y/o inevitable, que recae sobre la persona del empresario y impide el normal funcionamiento de la empresa, lo que implica plantearse si la decisión política de reestructurar y racionalizar el sector público seguida de su obligada concreción por los organismos y las sociedades afectadas, resulta ser un supuesto posible de extinción al margen de las causas objetivas listadas en los artículos 51.1 ET y 52.c) ET. En esta dirección, es importante tener en cuenta que la consideración de las decisiones del poder legislativo o de los órganos de gobierno como “*factum principis*” que resultan irresistibles por el ente instrumental considerado como empresario, permitiría reconducir los despidos del personal laboral objeto de un proceso de redimensionamiento a los despidos por fuerza mayor, que quedarían sujetos al procedimiento establecido en el artículo 51.7 ET, es decir, unos despidos que no habrían de justificarse por causas económicas, organizativas, técnicas, o productivas y cuyo procedimiento se fundamentaría en la simple comunicación a los representantes de los trabajadores con interposición de la autoridad laboral.

⁶²⁵ No resulta infrecuente conectar la supresión o la disolución de un organismo público por ministerio de la ley o en ejecución de la ley con la extinción de la personalidad jurídica del empresario prevista en el artículo 49.1.g) ET. Aquí la extinción de la personalidad jurídica del contratante puede verse como una causa de despido plenamente justificada sin que se considere necesaria la acreditación de alguna de las previstas en el artículo 51 y 52 ET; una tesis que podría resultar susceptible de discusión dada la artificialidad que puede representar la personalidad jurídica como forma de gestión de los servicios públicos, lo que ha dado lugar a una doctrina aún minoritaria, que descarta la aceptación de este tipo de causa sin la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas y de la producción, como puede verse en los argumentos de la mayoría y en el voto discrepante, contenidos en la STS de 3 de diciembre de 2014, ROJ: 5781/2014. Sobre la extinción de la personalidad jurídica de los entes instrumentales como causa del despido de los trabajadores del sector público empresarial o fundacional, puede verse RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “Medidas de racionalización en el sector público: Incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 37, 2015, p. 19-23.

⁶²⁶ Aunque la STS de 26 de junio de 2014, ROJ: STS 3434/2014, nos diga que: “lógicamente, es muy difícil que en el ámbito de las Administraciones Públicas, pueda producirse la extinción de la personalidad jurídica del contratante, dado que, normalmente, en dicho ámbito, cuando se produce la extinción de un ente público, las competencias y funciones de un organismo público se trasladan a otro”, lo cierto es que no faltan en nuestra historia

Sin embargo, desde el prisma estricto de los derechos de participación de los representantes de los empleados públicos en la configuración de las medidas colectivas que se pueden adoptar para abordar los problemas derivados del cambio y la transformación en los modos de gestión de los servicios públicos, podemos constatar que estos se plantean de diferente forma en función de la pluralidad de situaciones que pueden darse y de los diferentes regímenes jurídicos del personal que entran en juego.

No olvidemos, que el artículo 64.5.d) ET especifica el derecho de los representantes unitarios de los trabajadores a la consulta y la emisión de informe en los procesos de fusión, absorción o modificación del estatuto jurídico de la empresa que implique cualquier incidencia que pueda afectar al volumen del empleo, proceso de consulta que en la práctica supone un intercambio de opiniones antes de adoptar un acuerdo, resultando, a juicio de la doctrina laboral, en un verdadero proceso de negociación que se proyecta sobre las facultades organizativas del empresario⁶²⁷.

De la misma manera, las principales consecuencias propias de los procesos de reestructuración de entes públicos sobre el personal laboral se sustancian a través de una diversidad de medidas que pueden comprender la movilidad funcional, artículos 22 y 39 ET, la movilidad geográfica, artículo 40 ET, las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, artículo 41 ET, la reducción de jornada y suspensión de contrato, artículo 47 ET, la inaplicación del convenio colectivo, artículo 82.3 ET, y el despido colectivo, artículo 51 ET. Dichas medidas se pueden adoptar de una forma separada o independiente o de forma conjunta y simultánea, pero todas ellas tienen en común un período de consultas con vistas a llegar a un acuerdo, lo que las transforma en verdaderos procesos de negociación colectiva. De tal modo, dichas medidas no dejan de permanecer en el ámbito del poder empresarial pero han de ser necesariamente objeto de negociación y, en su caso, de posible acuerdo con las organizaciones sindicales⁶²⁸.

más reciente experiencias en las cuales se produce el cese de todas las actividades de una determinada sociedad o organismo con continuación de alguna actividad por parte de la Administración matriz a través de sus propios servicios y con personal propio que a todos los efectos se considera una situación válida para habilitar la correspondiente causa objetiva a efectos de proceder al correspondiente despido por razones organizativas de todo el personal de una sociedad municipal cuyo objeto en cuestión no se considera un servicio esencial que haya de ser objeto de mantenimiento, tal como se puede ver en la STS de 22 de julio de 2015, ROJ: 4365/2015.

⁶²⁷ BLASCO PELLICER, Ángel. “Los órganos de representación unitaria en la empresa: competencias y garantías”. En SANGUINETI RAYMON, Wilfredo; CABERO MORAN, Enrique (Coordinadores). *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares, 2017, p. 419-433.

⁶²⁸ MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial”. ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*. Madrid: Ediciones Cinca, 2016, p. 319-326.

En el otro extremo hay que situar la manifiesta debilidad del esquema funcional propio de los delegados y las juntas de personal como representaciones unitarias del personal funcionario, con unas funciones de consulta propias de un modelo de Administración única, considerada como una unidad orgánica completa y no segmentada, que hay que entender como obsoleto y superado. De ahí que nada se diga en el artículo 40 EBEP 2015, relativo a las funciones y legitimación de los órganos específicos de representación de los funcionarios, sobre la posible consulta de las operaciones de externalización o internalización de actividades administrativas, de transformación de organismos públicos o de creación o supresión de entidades del sector público. A partir de ahí, la presión sobre estas materias se traslada a la posibilidad de negociar o no las decisiones organizativas. En ausencia de cauces participativos convenientemente articulados para abordar los posibles cambios del modelo de gestión, es evidente que los sujetos titulares del derecho de negociación volcaran su voluntad de intervención sobre la gestión administrativa del cambio y la adaptación de las estructuras administrativas en el derecho a negociar las decisiones que sean expresivas de la potestad de elección del modo de gestión de un servicio público⁶²⁹.

3.2.3. Externalización de servicios y negociación

Con todo, lo cierto es que nuestra atención ha de centrarse en los posibles procesos de negociación derivados de las decisiones administrativas de alteración de las formas y modos de gestión que impacten sobre la posición de los funcionarios y su posible u obligada negociación.

A nuestro parecer, la decisión de externalizar un servicio, que habrá de fundarse siempre en razones de sostenibilidad y eficiencia, exige una motivación basada en el principio de racionalidad y de proporcionalidad, que no está sujeta por sí misma a una obligación de negociar. Cuestión distinta es que la descentralización de actividades se nos aparezca como un proceso complejo integrado por una serie de medidas coordinadas que presuponen el cambio de forma de gestión y la contratación pública como operaciones autónomas que hay que completar con una serie de medidas sobre personal, medidas que como tales pueden acabar constituyéndose o no en un objeto negocial.

⁶²⁹ Al respecto, las lúcidas reflexiones de TUDELA CAMBRONERO, Gregorio. “La representación de los funcionarios en las Administraciones Públicas: órganos, funciones y garantías”. En SANGUINETI RAYMON, Wilfredo; CABERO MORAN, Enrique (Coordinadores). *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares, 2017, p. 443-453.

La STC 112/2004, de 12 de julio, admite la legitimación activa de las organizaciones sindicales para impugnar la convocatoria de concursos abiertos para adjudicar la contratación de apoyo técnico que resulta de interés para determinadas unidades de Administración de la Seguridad Social, recordando que el objeto del concurso en cuestión está en conexión con la finalidad que legítimamente persiguen los sindicatos consistente en la defensa y promoción de los intereses profesionales y económicos de los trabajadores, situando la razón de ser de dicha conexión en el interés de los empleados públicos en que los servicios de apoyo que se pretenden contratar con el exterior sean realizados por empleados públicos, bien mediante medidas de promoción o movilidad interna de trabajadores, bien mediante la incorporación de nuevos empleados a través de los procedimientos específicos de acceso al empleo público, con lo que en este caso la organización sindical impugnante podría obtener los beneficios que en el proceso se alegan: para el sindicato, nuevos afiliados, mayores ingresos y más influencia; y para sus afiliados, nuevas expectativas de promoción y movilidad.

En dicha sentencia se nos recuerda que no puede considerarse en sí misma ajena al ámbito de la actividad sindical toda la materia relativa a la organización de la Administración, y por ello no se considera constitucionalmente admisible denegar la legitimidad procesal de los sindicatos en los conflictos donde se discuten medidas administrativas de tal naturaleza, avalando dicha posición en que el artículo 34.1 LORAP, que aunque excluye de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización, lo hace sin negar que puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo, lo que implica someter en ese caso las decisiones a la consulta de las organizaciones sindicales, reconociendo los intereses legítimos de los sindicatos que pudieran verse afectados por las mismas⁶³⁰.

Con todo, no parece que haya que confundir la legitimación procesal con la legitimación o la capacidad para negociar, que es algo sin duda distinto, tal como se advierte en la STC 75/2005, de 4 de abril. De hecho, el canon de constitucionalidad que se aplica a este tipo de asuntos es el constituido por el derecho a la tutela judicial efectiva, aunque se pueda entender reforzado por la defensa de un derecho fundamental, como es el derecho a la libertad sindical, lo que sin duda

⁶³⁰ El pronunciamiento citado resulta contradictorio con la STC 183/2009, de 7 de septiembre, que confirma la falta de legitimación de una organización sindical para recurrir una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social sobre adjudicación de contrato de apoyo técnico documental. Al respecto se admite que el perjuicio para el interés económico o profesional derivaría, en su caso, de la convocatoria del concurso para externalizar dichas tareas, pero no de la adjudicación del contrato a una determinada empresa licitadora en perjuicio de otra. Una crítica a esta posición en línea con su voto particular, en PEÑALVER CABRÉ, Alexandre. *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo*. Pamplona: Aranzadi, 2016, p. 308-309.

obliga a realizar una interpretación amplia y no rigorista de la legitimación activa en base al principio *pro actione*.

De aquí que la jurisprudencia del Tribunal Supremo transite por otros derroteros. De hecho, la STS de 25 de marzo de 2002, RJ/2002/3632, referida a una impugnación de la Junta de Personal del Ayuntamiento de Oviedo contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicho Ayuntamiento de 24 de enero de 1995, por el que se aprobaron los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas para la contratación, mediante concurso, de la redacción y ejecución del proyecto de obras de remodelación y ampliación de los cementerios municipales y posterior gestión del servicio de cementerios en régimen de concurso, entiende que las resoluciones sobre el sistema de gestión de un servicio público, acordando que la gestión se verifique de manera indirecta por medio de una empresa concesionaria, es una resolución que afecta a las potestades del municipio para organizar la prestación de sus servicios del modo que estime que mejor atiende a los fines de interés general que le están encomendados. Además, se advierte de que solo cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, procederá el trámite de participación que se deberá dar a los sindicatos competentes, señalando que en este caso, el cambio de un sistema de gestión directa por uno de gestión indirecta del servicio público de los cementerios municipales no afecta de un modo inmediato a las condiciones de trabajo de los funcionarios del Ayuntamiento. Cuestión distinta es que como consecuencia de esa decisión, pueda ser preciso modificar la relación de puestos de trabajo o alterar las condiciones de prestación de sus tareas por parte de algunos funcionarios. En ese caso, las decisiones sobre dichas modificaciones o alteraciones tendrán que ser negociadas colectivamente, advirtiéndose que estas son cuestiones que se plantearan en el futuro, después de la adjudicación del servicio a una empresa concesionaria y como efecto de dicha adjudicación. En consecuencia, se señala que, en sí mismos considerados, la aprobación de unos pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas que puedan implicar el cambio de gestión de un servicio y su pase a un régimen de concesión, no afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios, por lo que está excluida del trámite de consulta o de negociación⁶³¹.

⁶³¹ Más rotundamente, la STSJ de las Islas Baleares de 15 de noviembre de 2004, RJCA/2004/1111, se limitará a afirmar que la redacción y aprobación de un pliego de condiciones cae dentro del estricto ámbito del ejercicio de la potestad de autoorganización de la Administración, y que solo si se hubiere justificado y acreditado que ello ha repercutido de modo concreto en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, podrían exigirse consultas o negociaciones con los sindicatos, pero no ante una materia “técnica” y “jurídica” como es la redacción de un

En la misma dirección, la STS de 24 de noviembre de 2009, RJ/2010/1823, conoce de un recurso de una organización sindical contra la disposición que autoriza la constitución de una entidad mercantil de capital mayoritariamente público, destinada con carácter principal a la prestación de un servicio relacionado con la protección y mejora del medio ambiente, que se considera como medio instrumental propio de la Administración. Lo que no impide al sindicato considerar que se ha producido un fenómeno de privatización de los servicios públicos con merma de la cantidad y calidad del empleo público en esa Administración⁶³². De ahí que se entienda que la configuración de un determinado objeto social en un sentido amplio, como puede ser la gestión de los servicios públicos en materia medioambiental que le puedan ser atribuidos por la Administración competente, presupone un riesgo de privatización de potestades públicas y un desapoderamiento de las funciones reservadas hasta el momento a funcionarios. Pues bien, siguiendo la doctrina anterior, se recuerda que la necesidad de negociación viene configurada por la incidencia que puedan tener las consecuencias de las decisiones organizativas de las Administraciones públicas sobre las condiciones de trabajo, concluyendo que desde el punto de vista temporal, en el momento de la aprobación de los estatutos de dicha empresa, no se aprecia que la disposición modifique las condiciones de trabajo de los funcionarios, advirtiendo que serán las concretas encomiendas de gestión, y en general las actuaciones que la empresa desarrolle como medio propio de la Administración, las que en su caso determinen la atribución a sus trabajadores de facultades que impliquen el ejercicio de potestades públicas o de autoridad, como serán las mismas, las que acaben produciendo la concreción del hipotético peligro denunciado por el sindicato de que se detraigan plazas reservadas a funcionarios, lo que en el momento de la aprobación de los estatutos de la entidad no aparece confirmado, ya que habrán de ser las modificaciones de

pliego de condiciones que se considera un requisito esencial para la existencia de un contrato administrativo ajeno al ámbito de personal.

⁶³² En todo caso, conviene recordar aquí la tesis que defiende la consideración de la encomienda de gestión como contrato entre entidades públicas pertenecientes a la misma Administración, que podría quedar excluido del ámbito de aplicación de la legislación de contratos del sector público y considerarse como una operación administrativa de carácter interno que respondería a las potestades de organización de la Administración, siempre que objetivamente pudiera acreditarse la existencia de un control de la Administración encomendante sobre el sujeto encomendado análogo al que se ejerce sobre sus propios servicios, así como la necesidad de que este realice la parte esencial de su actividad con aquella; debiéndose hacer constar también expresamente en sus estatutos o normas de creación su condición de medio propio o servicio técnico de la Administración encomendante. Seguimos en estas líneas el trabajo de VILALTA REIXACH, Marc. *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Pamplona: Aranzadi, 2012, p. 338-339. Cuestión distinta es que los sindicatos entiendan estas operaciones como verdaderas externalizaciones de carácter “privatizador”.

plantilla y de la relación de puestos de trabajo, las que pongan de manifiesto dicho riesgo, y, por tanto, las que afecten directamente a las condiciones de trabajo⁶³³.

Por eso sorprende la inversión que se produce en esta materia cuando desde la Sala Social del mismo Tribunal Supremo se mantiene la llamada doctrina de las falsas amortizaciones que cuestiona la externalización de servicios que comporten la amortización de puestos de trabajo aunque estos figuren cubiertos por personal no permanente, doctrina que se construye en la STS de 27 de febrero de 2012, ROJ: STS 3044/2012, y parece consolidarse en la STS de 6 de junio de 2012, ROJ: STS 5551/2012.

Dicha posición supone una clara corrección de la tesis mantenida hasta el momento y de la que resulta ser un exponente esencial la STS de 8 de junio de 2011, ROJ: STS 5073/2011, en la que se decía que el pase a la gestión indirecta de un servicio es un sistema válido de gestión en nuestro ordenamiento, siendo claro que en el momento en que el servicio se encomienda a otra persona, como puede ser una empresa privada, las plazas correspondientes al personal que realizaba esa actividad tienen que ser amortizadas, salvo que se quiera mantener la idea de que la Administración tiene que conservar un personal que ya no tiene una función a realizar, por lo que no cabe cuestionar que estamos ante una amortización, ya que como consecuencia de la opción por la gestión indirecta, las plazas ocupadas hasta el momento se han quedado sin contenido laboral alguno.

Pues bien, los pronunciamientos más arriba citados vienen a instaurar la idea de que en los supuestos de externalización no hay una real y efectiva amortización de puestos de trabajo afectados si la actividad tiene continuidad a través de un operador externo, lo que acaba produciendo una amortización ficticia, y por tanto las extinciones contractuales de los trabajadores afectados han de calificarse como despidos improcedentes. Lógicamente este sorprendente giro sobre una doctrina consolidada cuestiona directamente la libertad de la Administración para optar por una determinada forma de gestión al obligarle a mantener una plantilla que se considera innecesaria, de forma que se penaliza la posibilidad de prestar servicios a través de un sistema de gestión indirecta, desoyendo las advertencias que se contienen en los importantes votos particulares que se acompañan a la opinión de la mayoría, donde se señala abiertamente que la jurisdicción social puede acabar indicando a la

⁶³³ Un planteamiento este que se sigue también en la STS de 22 de enero de 2013, ROJ: STS 258/2013, que se limita a recoger los argumentos vertidos en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de febrero de 2011, ROJ: STSJ AND 8168/2011. En la misma dirección, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 de noviembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 3683/2014

Administración cuando resulta procedente o no la necesidad de atender la prestación directa de un servicio, obviando que una cosa es resolver sobre el modo de gestión de un servicio público y otra, distinta, es lo que ocurra con los contratos del personal que pueda ocupar las posiciones cuestionadas, lo que habrá de solventarse con la aplicación de la normativa laboral que conllevará como regla general el cambio de puesto de trabajo o la resolución indemnizada del contrato⁶³⁴.

En todo caso, no parece que la línea doctrinal abierta por las sentencias que comentamos se haya consolidado plenamente entre nuestros tribunales superiores de justicia pertenecientes al orden social⁶³⁵. Lo que sí puede afirmarse es que difícilmente podría prosperar cualquier intento de trasladar dicha construcción al campo de las relaciones estatutarias. Aquí resulta de interés la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2016, ROJ: STSJ M 8400/2016, en la que se discute la convocatoria de licitación de contrato de servicios de limpieza de ropa hospitalaria que supone la externalización del servicio de lavandería que pasa a ser prestado por un operador privado con importantes repercusiones para el personal estatutario que en dicha actividad prestaba servicios. Dichas repercusiones suponen la posible subrogación del personal estatutario fijo como personal laboral de la empresa contratista siempre que optase voluntariamente por la integración, la reordenación del que no lo hiciese y el cese de los interinos con la opción de su subrogación por la empresa contratista. De ahí que se alegue por el sindicato accionante la nulidad del acto de convocatoria de la contratación por vulneración de los derechos de los empleados públicos estatutarios fijos e interinos. Pues bien, el recurso es resuelto reiterando los amplios poderes que en materia organizativa corresponde a la Administración pública y que le permiten configurar las unidades y servicios de que está dotada para el cumplimiento de sus fines, con libertad y sin más límites que el respeto a la legalidad y la sumisión a la satisfacción del interés público. De hecho se afirma taxativamente que dicha potestad de organización, estrechamente relacionada con la necesidad de adecuación de sus estructuras orgánicas a las circunstancias cambiantes de la acción pública legitima su decisión unilateral de modificarlas. Esta modificación puede dar lugar a la supresión de puestos de trabajo en alguna o alguna de sus áreas, y a la creación en otra u otras, de manera que pueden resultar excedentes de efectivos

⁶³⁴ Tal como se dice en el Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don Antonio Martín Valverde, al que se adhiere el Excmo. Sr. Don Aurelio Desdentado Bonete, y en el Voto particular que formula el Excmo. Sr. Magistrado Don José Manuel López García de la Serrana, al que se adhieren el Excmo. Sr. Don Gonzalo Moliner Tamborero, el Excmo. Sr. Don José Luis Gilolmo López y el Excmo. Sr. Don Jesús Souto Prieto, que acompaña al texto de la STS de 27 de febrero de 2014, ROJ: STS 3044/2012.

⁶³⁵ Como se puede ver en la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 2014, ROJ: STSJ CAT 11677/2014, que opta por mantener la línea jurisprudencial acreditada en la STS de 8 de junio de 2011, ROJ: STS 5073/2011.

de personal en aquellas primeras o deficitarios en estas. En consecuencia, la potestad de organización se reconoce para la adecuación de las estructuras a las necesidades cambiantes de los servicios, pero dicha potestad puede ir acompañada en su ejercicio de las fórmulas de “reajuste” o “recolocación” del personal existente en el momento de la reestructuración que reconozca el ordenamiento jurídico para hacer frente al movimiento de puestos que presupone la modificación de las unidades administrativas preexistentes. Dichas fórmulas se refieren a la movilidad del personal estatutario, pero también pueden incorporar decisiones de supresión de puestos con el correspondiente cese del personal no permanente, recordándose al efecto que el rasgo característico de este personal es el de la provisionalidad o la transitoriedad en su relación de servicio, una relación que se extinguirá cuando desaparezca la urgencia o necesidad que determinó su nombramiento y, en todo caso, cuando la plaza sea cubierta por personal estatutario fijo o resulte amortizada, aspectos todos ellos susceptibles de ser negociados. A diferencia de lo que puede ser la misma decisión de externalización de servicio que se ha de motivar en la necesidad de mejorar y optimizar la gestión de los recursos físicos disponibles, las economías de escala generadas por una gestión centralizada de determinados servicios y, en general, por la contribución a la racionalización del gasto en el servicio sanitario.

Una cuestión distinta se plantea cuando es la propia Administración la que acaba utilizando de una forma instrumental su capacidad para definir los pliegos previstos para la contratación de la concesión de un servicio como medio instrumental que le permite la adopción de medidas de gestión de los efectivos de su propia plantilla. Conviene recordar aquí que nuestro derecho de la función pública no prevé ninguna figura que permita una integración del funcionario en la esfera rectora de una empresa privada que asegure una función de interés general, y más concretamente, de una empresa privada titular de la concesión de un servicio o de un contrato de servicios⁶³⁶.

De ahí que no falten en nuestro ordenamiento jurídico algunas experiencias de carácter singular que sin embargo han sido convalidadas por nuestros tribunales. Así, por ejemplo, la STS de 13 de mayo de 2009, ROJ: STS 3372/2009, conoce de un recurso sobre la contratación de la gestión del servicio público de cocina y elaboración de comidas para los pacientes de un hospital de titularidad pública en el que se opta por la gestión indirecta del servicio, si bien con inclusión de una cláusula en el pliego de contratación que permite el mantenimiento del personal

⁶³⁶ Sobre la figura del “destacamento” existente en el ordenamiento jurídico francés y su utilidad en el sistema de colaboración público-privado, particularmente en la gestión de los servicios públicos concedidos, nos remitimos al análisis realizado en Rapport du Groupe d'études présidé par Gilles Le Chatelier. *Situations des personnels et changement de mode de gestion d'un service public*. Paris: Institut de la Gestion Déléguée, 2007, p. 17-20.

estatutario de la propia Administración, dependiente de la misma y afecto al servicio en el momento de la contratación. Planteamiento que se reconoce como un ejercicio discrecional de las potestades relativas a la organización y el desenvolvimiento del servicio, en lo que no deja de ser una opción que se estima como conveniente para los intereses generales. Aunque la Sala aprecia que resulta anómala una situación en cuanto a la doble relación en que va a encontrarse el personal, que respecto a sus derechos y deberes mantiene una relación con la Administración, mientras que en la organización del trabajo concreto se encuentra en una situación de dependencia de la empresa a la que se adjudique el servicio, lo cierto es que la fórmula se considera propia de las prerrogativas necesarias para la organización del servicio en cuya adopción la Administración no ha podido incurrir en arbitrariedad, recalándose al respecto que no parece que se distorsione la relación contractual por el hecho de que la empresa se vea obligada a mantener el personal que prestaba esos servicios que continúa con su relación estatutaria y que ahora desempeñan sus funciones bajo las órdenes de la adjudicataria que deberá respetar su régimen jurídico y sus condiciones de trabajo⁶³⁷.

A partir de ahí, estamos ya en condiciones de concluir sobre este punto lo siguiente:

- a) La decisión de externalizar un servicio, lo que lógicamente implica el cambio de un modo de gestión directa por una forma de gestión indirecta, resulta ser una opción amparada por la potestad de organización que no afecta de una forma inmediata y directa a las condiciones de trabajo de los funcionarios, lo que permite su exclusión de la obligación de negociar.
- b) De la misma forma, la aprobación de unos determinados pliegos de cláusulas administrativas y prescripciones técnicas o la decisión de adjudicación de un determinado contrato público no supone de forma inmediata la afectación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, por lo que debería estar excluida de la negociación.
- c) Ello no implica que como consecuencia de estas decisiones resulte necesario revisar la relación de puestos, modificar las condiciones de trabajo o movilizar al personal hacía otros centros directivos, lo que podría implicar en estos casos someter las pertinentes actuaciones a la negociación con las organizaciones sindicales.
- d) El uso táctico de la contratación administrativa para la práctica de una política social tendente a la conservación del empleo público existente en una determinada organización, fundada en la distinción entre relación orgánica y relación de servicios, parece ser una solución de emergencia

⁶³⁷ La doctrina sentada toma como referencia la ya mantenida en un supuesto casi idéntico en la STS de 26 de mayo de 2004, ROJ: STS 3622/2004.

que debería resolverse de una manera menos forzada acudiendo a la introducción de algún tipo de posición o situación administrativa que permita el mantenimiento de la relación en aquellos supuestos de prestación de servicios públicos por una persona privada.

3.2.4. Internalización de servicios y negociación

Los procesos de internalización de determinados servicios públicos son, en principio, procesos externos al ámbito de la negociación de los funcionarios. La mayoría de ellos se resuelven a través de una decisión sobre la sucesión o no de la plantilla afecta al contrato correspondiente, y en este último caso, a través de una recolocación de los efectivos existentes o una extinción de sus contratos de trabajo por parte del empresario saliente.

En aquellos supuestos en los que existen las condiciones subjetivas y objetivas propias del instituto subrogatorio, lo que activaría las previsiones existentes en el artículo 44 ET, queda por plantearse el régimen jurídico de los trabajadores que podrían incorporarse a la Administración y las condiciones mismas de dicha incorporación.

Aquí el repertorio de problemas se amplía y puede adoptar una perspectiva distinta si advertimos de lo siguiente:

- a) Que una parte de la plantilla del personal que ha de ser objeto de subrogación puede estar desempeñando funciones que en la organización en la que han de venir a incrustarse se hayan clasificado como reservadas al personal funcionario, con lo que podría darse el caso de un ejercicio de funciones públicas por personal que no ha accedido al empleo público en base al sistema de mérito.
- b) Que la integración de los efectivos de personal laboral proveniente de la empresa contratista acrecienta el número de plazas existentes en la Administración y presupone una incorporación de “nuevo” personal al margen de los mecanismos propios de la oferta de empleo público.
- c) Que la adscripción de dicho personal proveniente de un operador económico se produce como consecuencia última del mecanismo subrogatorio, impuesta por las leyes laborales y, en última instancia, por la Directiva 2001/23/CE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad, al margen, pues, de un procedimiento regular fundamentado en el derecho de acceso a las

funciones públicas en condiciones de igualdad y mérito que señala el artículo 23.2 CE y el artículo 103.1 CE y concreta explícitamente el artículo 55 EBEP 2015.

d) Que dicha integración va a presuponer en última instancia una concurrencia de plantillas en las mismas dimensiones y estructuras organizativas, lo que implica una mayor competencia por los mismos derechos de carrera y promoción profesional entre dos tipos de personal separados por el aspecto esencial de que unos han probado su mérito y su capacidad, mientras que otros se han incorporado al trabajo público por una vía indirecta en la que solo se ha tenido en cuenta su pertenencia a una determinada unidad productiva, lo que puede suponer para los primeros una perturbación ilegítima en el ejercicio de sus funciones y una merma de sus derechos por la entrada en una entidad de naturaleza pública de terceros ajenos al empleo público.

e) Que la integración mencionada se deriva de un cambio de titularidad entre dos empresarios, el cedente que pierde la calidad de empresario con respecto al centro de actividad y el cesionario que la adquiere, que han de cumplimentar una serie de deberes de información respecto a los representantes de sus trabajadores sobre la fecha del traspaso, los motivos del traspaso, las consecuencias jurídicas, económicas y sociales del traspaso, y las medidas previstas respecto de los trabajadores, señalándose también que si el cedente o el cesionario previeran la adopción de medidas en relación con sus trabajadores respectivos, estarán obligados a consultar tales medidas, con la suficiente antelación, con los representantes de sus trabajadores respectivos, a fin de llegar a un acuerdo, lo que configura en este caso una verdadera obligación de negociación que se desprende del artículo 44.6 y 44.9 ET, que no son otra cosa que una directa trasposición del sistema de información y consulta previsto en artículo 7 de la Directiva 2001/23/CE, y que puede llegar a afectar o no a las representaciones de los funcionarios.

En todo caso, conviene advertir desde el principio del paralelismo existente entre los procesos de integración de personal que se dan como consecuencia del cambio de una forma de gestión indirecta por una directa, y los producidos entre las distintas formas de gestión directa por una transformación de entidades del sector público institucional entre una forma de derecho privado, una sociedad mercantil local o una fundación, y una forma de derecho público, la propia entidad matriz, un organismo autónomo o una entidad pública empresarial⁶³⁸.

⁶³⁸ Dicho paralelismo se afirma expresamente en la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, sobre limitaciones a la incorporación de personal laboral del sector público, que se remiten: “a) A los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios públicos o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones Públicas previstas en el artículo 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del

Aquí lo esencial es el paso de una forma de gestión sometida al derecho privado a una forma de gestión sometida al derecho público, o si se quiere la sustitución de un empresario privado por una institución que asume la naturaleza y condición de un empresario público⁶³⁹.

Por tanto, lo que hay detrás de esta transformación es la inserción de una relación laboral constituida en régimen de derecho privado en un ámbito donde resultan de aplicación las normas que regulan las relaciones de servicio en el empleo público, lo que plantea un serio problema de coordinación internormativa. Sencillamente, el ordenamiento jurídico laboral y el administrativo se entrecruzan, y no lo hacen precisamente en base a una relación de necesaria colaboración, basada en la complementariedad o la suplementariedad, sino que a menudo lo que se da es una verdadera situación de concurrencia conflictiva, de manera que aplicar las normas laborales de una forma incondicionada significa no aplicar o desvirtuar la aplicación de las normas administrativas, y lo contrario, con lo que las operaciones de integración jurídica se presentan muy difíciles si se quiere lograr una adecuada coexistencia entre la legislación laboral y la legislación administrativa en una lógica de cambio que se plantea aquí desde lo privado hacia lo público.

Partamos de la base de que la recuperación de un servicio por la finalización o la cesión de un contrato, al igual que la fusión de una serie de organismos que resulte en una persona jurídica de derecho público, puede constituir el supuesto objetivo de una sucesión de empresas, desde el prisma estricto con el que se describe esta institución en el artículo 44 ET y en el artículo 1 de la Directiva 2001/23/CE⁶⁴⁰. De hecho, el artículo 44 ET, dispone en su primer párrafo que: “El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario

servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos. b) al personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración Pública”.

⁶³⁹ De hecho, la Administración que recupera el servicio, deberá decidir si lo presta directamente o la presta a través de una entidad dependiente de la misma y, en este sentido, si lo hace a través de una entidad de derecho público o de una sujeta al régimen privado, específicamente y en lo que puede ser habitual en esta última opción, una sociedad mercantil de capital público, lógicamente la posición no es la misma. Advirtiendo del carácter diferencial de las distintas opciones de integración, ALFONSO MELLADO, Carlos L. “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público). *Revista de Derecho Social*. Nº 73, 2016.

⁶⁴⁰ No estará de más señalar que el artículo 1.a) de la Directiva comunitaria nos dirá que: “La presente Directiva se aplicará a los traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o centros de actividad a otro empresario como resultado de una cesión contractual o de una fusión”. El TSJUE hace una lectura amplia de la expresión “cesión o fusión contractual” y entiende que se produce ante todo supuesto de cambio en la persona física o jurídica responsable de la prestación de un servicio, tal como se puede ver en la STJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09.

subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior”, señalando su segundo párrafo que: “Se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”.

Puede deducirse pues que existe sucesión de empresas cuando concurren los dos elementos siguientes:

a) Un elemento subjetivo que consiste en la sustitución de un empresario por otro por cualquier situación de hecho, acto o negocio jurídico, al margen de la forma jurídica de la transmisión. Aquí no cabe distinguir entre personas de naturaleza pública o privada. El artículo 1.c) de la Directiva citada nos dice que será aplicable a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro. A reglón seguido excluye de su ámbito de aplicación la reorganización administrativa de las autoridades públicas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas. El precepto en cuestión se ha interpretado entendiendo que no puede utilizarse para excluir del ámbito de aplicación de la norma comunitaria la transmisión de una actividad económica de una persona jurídica de derecho privado a una persona jurídica de derecho público, tal como puede verse en la STSJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, posición que se ha confirmado en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09. Más precisamente, la STSJUE de 20 de enero de 2011, C-43/09, ha afirmado que no puede excluirse que la Directiva se aplique en circunstancias en las que un Ayuntamiento decide poner fin al contrato que lo vinculaba a una empresa privada y hacerse cargo directamente de las actividades que había encargado a esta. En cuanto a la excepción expuesta, la STSJUE de 26 de septiembre, C-175/99, nos dirá que la misma solo acaba excluyendo la cesión de competencias administrativas propias del ejercicio del poder público⁶⁴¹. De la misma manera se advierte que la circunstancia de que la transmisión se derive de decisiones unilaterales de los poderes públicos y no de un acuerdo de voluntades, no excluye

⁶⁴¹ Por si quedara alguna duda, la doctrina laboral nos ha recordado que la excepción comunitaria no se ha transpuesto al ordenamiento interno, de forma que el artículo 44 ET puede resultar perfectamente aplicable a las reorganizaciones administrativas y al traspaso de funciones entre autoridades públicas, recordando al efecto lo establecido en el artículo 8 de la misma Directiva, donde se señala que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más favorables para los trabajadores, tal como se dice en VALDÉS DAL-RE, Fernando. *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 62. La STSJ de Madrid de 8 de octubre de 2010, ROJ: STSJ M 14646/2010, insistirá en esta cuestión señalando que: “la Directiva 2001/23/CE lo que hace es fijar unos mínimos de garantía a favor de los trabajadores y tales mínimos pueden ser reforzados por los ordenamientos internos”.

de la aplicación de la directiva, tal como se dice en la STSJUE de 29 de julio de 2010, C-151/09. El elemento clave de la cesión de empresa que implica la transmisión, puede ser un acuerdo negociado expreso o tácito, pero también un acto de la autoridad pública, como se subraya en la STSJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/02.

b) Un elemento objetivo de la transmisión que a tenor de la Directiva comunitaria y del derecho positivo es siempre: “una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria”. Por tanto, el factor decisivo para determinar la existencia de una situación de sucesión es que se transmita una entidad económica y, sobre todo, es saber si la entidad en cuestión conserva su identidad propia que permita la continuación de la actividad aun después de la operación de que se trate. Desde una perspectiva orgánica ello requiere la cesión de un conjunto organizado de bienes materiales e inmateriales que cuenten con una mínima autonomía funcional y organizativa con capacidad para desarrollar la misma actividad o una actividad análoga o equivalente. Sin embargo, a esta concepción fundada en una idea de la empresa como organización de medios, se le ha venido contraponiendo una posición articulada en torno a la idea de la empresa como actividad. Aparece así una perspectiva funcional que admite la sucesión de empresa sin transmisión de elementos materiales y que acaba avalando la llamada sucesión de plantillas, es decir, la internalización de actividades con admisión de plantillas⁶⁴². Con todo, lo cierto es que, hoy por hoy, sigue estableciéndose una clara distinción entre la mera continuación de la actividad con una parte de la plantilla y la transmisión de una entidad económica que conserva su identidad, lo que además de continuar con la actividad requiere el traspaso de una serie de elementos (personal, dirección, organización, método de explotación y instrumentos), que permitan entender que se ha transmitido una unidad con capacidad productiva. Lo que sí se ha reconocido es que en determinados sectores económicos que no requieren de un importante soporte patrimonial para su funcionamiento dado que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto organizado de trabajadores que se hallen específicamente destinados de forma duradera a una actividad común pueden constituir una entidad económica cuando no existan otros factores de producción, siempre que el nuevo empresario se haga cargo de una parte esencial de los trabajadores considerados “en términos de número y de competencias”, tal como señala la STSJUE de 10

⁶⁴² Tal como se dice en ROJAS RIVERO, Gloria P. “La externalización en la Administración Pública. El debate jurisprudencial”. *Asociación Canaria Iuslaboralista*. Gran Canaria: 2016, obtenible en www.iuslaboralistas.com/?m=201610.

de diciembre de 1998, asuntos acumulados C-127, C-229/96 y C-74/97). Por tanto, aquí el elemento esencial es la asunción de una parte substancial de trabajadores, en términos de número y cualidad subjetiva, es decir, la referencia se hace a un factor no meramente numérico, sino también cualitativo y, en especial, organizativo, es decir, a un conjunto organizado de trabajadores; la indicación se refiere pues a un grupo de trabajo organizado con conocimientos propios en un determinado servicio⁶⁴³. Cuestión distinta es que el planteamiento hecho pueda ser objeto de una doble conceptualización de manera que acabe recubriendo la asunción de una parte importante en términos esencialmente cuantitativos de trabajadores si la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra o que la asunción se refiera a una parte esencial en términos cualitativos de los trabajadores si la entidad puede funcionar sin elementos significativos del activo material, de modo que, si en un supuesto de sucesión se asumiera un número limitado de trabajadores pero éstos fueran los que controlaran los procesos clave de la actividad, debería entenderse que se está ante una entidad económica que mantiene su identidad. En todo caso, lo jurídicamente trascendente es que se pueda seguir prestando el servicio o desarrollando la actividad independientemente del número de trabajadores asumidos. Por ello, lo importante es que se haya traspasado el grupo de trabajadores relevantes en términos de número y competencias para mantener la actividad desarrollada y que este traspaso se haya producido de una forma pacífica, efectiva y real⁶⁴⁴. Ahora bien, la mera circunstancia de que la actividad ejercida por la empresa cedente y la ejercida, por ejemplo por un ayuntamiento, sean similares o incluso idénticas no es suficiente para afirmar que se ha mantenido la identidad de una entidad económica. Sencillamente, tal entidad no puede reducirse a la actividad que se le ha encomendado. Su identidad ha de resultar también de otros elementos, como el personal que la integra, sus directivos, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone, tal como se afirma en la STSJUE de 20 de enero de 2011, C-463/09. En consecuencia, la casuística es tan grande como abundante en la variedad de supuestos que nos proporciona la realidad cotidiana. Es por eso que la jurisprudencia comunitaria advierte de que para determinar si una transmisión tiene por objeto una entidad que mantiene su identidad hayan de tomarse en consideración todas las circunstancias que caracterizan a cada operación, entre las cuales figuran, en particular, el tipo de empresa o centro de actividad de que se trate, el hecho de que se hayan transmitido o no

⁶⁴³ Tal como se explica en RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Internalización de actividades sin sucesión de plantillas”. *Relaciones laborales*. Nº 5, 2011, p. 1-18.

⁶⁴⁴ GÓMEZ ARBÓS, Juan. “La sucesión de empresas, supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 185, 2016, p. 235-236.

elementos materiales como los edificios y bienes muebles, el valor de los elementos inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión, y la duración de una eventual suspensión de dichas actividades, teniendo siempre en cuenta que estos elementos son únicamente aspectos parciales de la evaluación de conjunto que debe hacerse, y no pueden por tanto apreciarse aisladamente, como se advierte en la STSJUE de 18 de marzo de 1986, C-24/85, la de 19 de mayo de 1992, C-29/91, la de 11 de marzo de 1997, C-13/95, la de 20 de noviembre de 2003, C-340/01, y la de 20 de enero de 2011, C-463/09. De esta jurisprudencia resulta que la importancia que debe darse a los distintos criterios que permiten determinar la existencia de una transmisión de empresa varía en función de un gran número de parámetros que solo podrán establecerse y ponderarse de acuerdo con las particularidades de cada transmisión que pueden afectar a una o varias categorías de los servicios que hayan de ser objeto de consideración, como se señala en la STSJUE de 9 de diciembre de 2004, C-460/02⁶⁴⁵.

Aunque no faltan algunos pronunciamientos en los que se afirma que la contrata de un servicio no es una empresa ni una unidad productiva autónoma con autonomía funcional, sino una mera prestación carente de tales características, en la que no opera por ese solo hecho la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET, como se dice en la STS de 5 de febrero de 2013, RJ/2013/2114, lo cierto es que, tal como puede deducirse del contenido de la STS de 30 de mayo de 2011, ROJ: STS 5397/2011 y de la STS 26 de enero de 2012, ROJ: STS 765/2012, nada obsta a que el objeto de determinados contratos públicos pueda considerar en sí mismo una entidad económica que mantiene una identidad propia cuando por su propia naturaleza ostentan autonomía funcional suficiente para constituirse en unidades productivas susceptibles

⁶⁴⁵ Un serio intento de sistematización de la doctrina general sobre la subrogación en las relaciones de trabajo establecida en el artículo 44 ET, en cuanto al objeto de la transmisión se puede encontrar en la STS de 5 de marzo de 2013, ROJ: STS 1804/2013, en torno a los puntos siguientes: 1) el objeto de la transmisión ha de ser: “un conjunto organizado de personas y elementos que permita el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio”; 2) dicho objeto: “no entraña necesariamente elementos significativos de activo material o inmaterial” reduciéndose: “en determinados sectores económicos como los de limpieza y vigilancia” “a su mínima expresión”, en tanto en cuanto “la actividad descansa fundamentalmente en mano de obra”; 3) de lo anterior se desprende que: “un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción”; 4) por el contrario, no se considera que hay sucesión de empresa: “si la actividad de que se trata no descansa fundamentalmente en la mano de obra, sino que exige material e instalaciones importantes, aunque se produzca la continuidad de la actividad por un nuevo empresario y este asuma un número importante de trabajadores del anterior”; y 5) el mantenimiento de la identidad del objeto de la transmisión supone que la explotación o actividad transmitida: “continúe efectivamente” o que luego: “se reanude”.

de explotación diferenciada⁶⁴⁶. Todo ello sin que las normas sobre contratación pública, más concretamente el artículo 308.2 LCSP 2017, que prohíbe la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante, puedan impedir la aplicación de las normas laborales que regula la sucesión de empresa⁶⁴⁷.

De hecho, dejando al margen los importantes virajes y las oscilaciones padecidas a través de numerosas resoluciones judiciales sobre la consideración de los servicios objeto de contratación como unidades productivas autónomas a efectos de subrogación⁶⁴⁸, la doctrina judicial aplicable cuando la Administración decide asumir directamente la gestión de un servicio que previamente ha sido objeto de un contrato público, puede sintetizarse de la forma siguiente:

a) Como regla general, la operación de extinción del contrato y posterior asunción con trabajadores propios de la actividad previamente descentralizada no constituye por sí misma un supuesto de subrogación empresarial, lo que implica que los trabajadores que dejen de prestar su actividad por tal hecho han de considerarse despidos por la empresa contratista, sin que pueda derivarse responsabilidad alguna para la Administración considerada a todos los efectos como empresa principal.

b) No es menos cierto que este criterio general resulta inaplicable cuando la empresa que venía llevando a cabo la actividad mediante sucesivas contrataciones con diferentes empresas, decide asumir aquélla y realizarla por sí misma, pero haciéndose cargo del personal de la empresa

⁶⁴⁶ La STS de 14 de febrero de 2011, ROJ: STS 1008/2011, se refiere a la transmisión de unidades productivas autónomas que asumen actividades segregadas pero que tienen su propio organigrama, su propia dirección y estructura organizativa. La STSJ de Madrid de 2 de abril de 2014, ROJ: STSJ M 4233/2014, advertirá que la unidad productiva es una noción objetiva que en el contexto del art. 44 ET se define por la idoneidad de un conjunto de elementos patrimoniales pertenecientes a un empresario para ser susceptibles de una explotación económica independiente, capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado. Precisamente esta noción objetiva de unidad productiva permite señalar la materialidad de unas segregaciones que se corresponden con las correlativas actividades exteriorizadas, dotadas de la correspondiente independencia organizativa y funcional, constituyendo en su resultado un conjunto de medios organizados, a modo de explotaciones económicas independientes, capaces de ofrecer bienes y servicios al mercado.

⁶⁴⁷ La STJUE de 26 de septiembre de 2000, C-175/99, señala: “En cuanto a la posible obligación, impuesta por el Derecho nacional, de resolver los contratos de trabajo de Derecho privado en caso de transmisión de una actividad a una persona jurídica de Derecho público, es preciso observar que semejante obligación constituye, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 77/187, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo derivada directamente de la transmisión, de modo que, en tal caso, la resolución de dichos contratos de trabajo debe considerarse imputable al empresario”. La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 14 de julio de 2016, ROJ: STSJ CL 3980/2016, considera que la aplicación de la Directiva comunitaria sobre transmisiones de empresas al Ministerio de Defensa, no conculcaría el antiguo art. 301.4 LCSP 2011, pues la obligación de subrogarse en las relaciones laborales no implicaría su consolidación como personal del Ministerio de Defensa, pues no tendría por qué suponer que adquirirían fijeza en la plantilla.

⁶⁴⁸ Un análisis detallado de los mismos se puede obtener de la lectura de FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto. *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, p. 81-98. Una buena síntesis de la doctrina existente en la materia en ALFONSO MELLADO, Carlos L. *La reversión a la gestión directa*, *ob.cit.*, p. 36-38.

contratista, supuesto en el cual puede decirse que se ha producido una sucesión de empresas encuadrable jurídicamente en el artículo 44 ET y en las Directivas comunitarias de las cuales resulta ser este una válida transposición.

c) Tampoco resulta atendible el criterio general cuando la transmisión se refiera a una entidad económica que mantenga su identidad después del traspaso, entendiendo por tal un conjunto de medios organizados, con la finalidad de desarrollar una actividad económica, ya sea esencial o accesoria, o un conjunto organizado de personas y elementos que permiten el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio.

d) Con todo, se reconoce explícitamente la necesidad de analizar cada caso concreto para determinar la existencia o no de una transmisión de empresa, en base a la consideración de todas las circunstancias de hecho características de la operación planteada, entre las cuales figuran, a tono con la doctrina del Tribunal europeo, el tipo de empresa o de unidad productiva de que se trata, el que se hayan transmitido o no elementos materiales, el valor de los inmateriales en el momento de la transmisión, el hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de una mayoría de los trabajadores, el que se haya transmitido o no la clientela o los usuarios del servicio, así como el grado de analogía de las actividades ejercidas antes y después de la transmisión y la duración de una eventual suspensión de la actividad⁶⁴⁹.

Lo que si queda claro es que la mera cesión de la actividad no es una sucesión de empresa, es decir, la circunstancia de que el servicio prestado por el antiguo y el nuevo gestor sean similares no es suficiente para afirmar la transmisión de una entidad económica. Sencillamente, una entidad no puede reducirse a la actividad que es objeto del traspaso⁶⁵⁰. Por tanto, la mera sujeción por un Ayuntamiento de una actividad que antes se hacía a través de un contrato por una empresa privada, sin que exista constancia de que se haya producido una transmisión de medios materiales o de cualquier otro orden, incluida la de haber asumido algunos trabajadores que habían prestado servicio para la anterior empresa concesionaria no puede ser considerada un supuesto en el que concurren los elementos propios que configuran la aplicación del artículo 44 ET⁶⁵¹.

⁶⁴⁹ Extractamos dicha doctrina de la STS de 30 de mayo de 2011, ROJ: 5397/2011, de la STS de 26 de enero de 2012, ROJ: STS 765/2012 y de la STS de 5 de marzo de 2013, ROJ: STS 1804/2013, referida esta última a un supuesto dado entre contratistas privados pero que contiene una doctrina que se extiende a la sucesión de contratos y concesiones.

⁶⁵⁰ STS de 29 de mayo de 2008, ROJ: STS 4495/2008.

⁶⁵¹ STS de 11 de julio de 2011, TOJ: STS 5449/2011.

En cualquier caso, la aplicación del artículo 44 ET demanda como mínimo la existencia de la transmisión de una actividad, lo que no se produce si se ordena previamente el cese de la actividad o su supresión⁶⁵². En los supuestos a los que nos estamos refiriendo, para que puedan entrar en juego las previsiones subrogatorias establecidas en la legislación laboral ha de existir la previsión de un ente que se haga cargo de las actividades que se venían desarrollando hasta el momento. De hecho, sin la efectiva asunción de funciones y sin la previsión de asumirlas no puede producirse el hecho de la sucesión de una empresa ni la subrogación de personal alguno.

El cese de la actividad o la supresión del servicio prestado por una entidad empresarial, sociedad pública o privada, no representa un presupuesto objetivo en el que pueda darse una situación sucesoria, aunque se siga manteniendo alguna función residual que se atiende con personal propio, y aunque la Administración matriz asuma el global del activo y pasivo de una empresa pública considerada dependiente de la misma que se liquida⁶⁵³. Lógicamente la supresión de funciones carentes de actividad y sin previsión de la misma, no existiendo organismo o empresa que vaya a desempeñar los servicios que se venían desarrollando, no impone el deber de mantener unas formas de gestión que no se han demostrado eficaces o sostenibles⁶⁵⁴.

Contrasta esta moderna jurisprudencia con otros pronunciamientos más antiguos, donde se afirma la existencia de sucesión empresarial por reversión o rescate de la actividad, en el marco de aplicación del artículo 44 ET, cuando se recuperan los bienes que constituyen el sustrato objetivo de aquella actividad, aun en el caso de que no se continúe con el servicio y se acuerde su extinción. Lo esencial resulta ser aquí la existencia de una transmisión de la infraestructura empresarial necesaria para el desempeño de la actividad objeto de la concesión administrativa. Dándose esta circunstancia, la subrogación opera con independencia de que se adjudique el servicio a un nuevo concesionario, o se asuma directamente la propia Administración, incluso

⁶⁵² Tal como se dice en MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. “Procesos de extinción, separación y reestructuración de las personificaciones instrumentales locales en un contexto de crisis económica. Especial referencia al caso de Cataluña”. En *Anuario del Gobierno Local, 2011*. Madrid: 2012, p. 211-212, los procesos de decisión derivados de la extinción de los diferentes modos y formas de gestión de los servicios públicos locales plantean siempre diferentes alternativas entre las que no resulta menor la extinción total o parcial de la actividad por la Administración titular o su continuación, sobre la base de la previsión general o parcial de sucesión.

⁶⁵³ Tal como se puede ver en la STS de 22 de julio de 2015, ROJ: STS 4365/2015.

⁶⁵⁴ Al respecto, las SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 1 de julio de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015; y de Andalucía, Málaga, de 3 de diciembre de 2015, ROJ: STSJ AND 12946/2015; también en las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6134; y de la Comunidad valenciana de 22 de diciembre de 2015, ROJ: STSJ CV 6399/2015. En la misma dirección, la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 19 de junio de 2013, ROJ: STSJ CL 2811/2013. La STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 19 de diciembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 4124/2014, contempla un supuesto peculiar al sustituir la prestación de un servicio contratado con una cooperativa de ayuda domiciliaria por una prestación económica social municipal, otorgando la posibilidad a los particulares de contratar, directa e individualmente su atención domiciliaria, lo que a todos los efectos resulta difícil de encajar en el esquema de la sucesión patronal.

cuando se acuerda por la misma su supresión teniendo la posibilidad de continuarlo. Por tanto, a tenor de esta doctrina, lo decisivo para que exista subrogación no puede estar en que el titular continúe el servicio o actividad objeto de concesión administrativa, cosa que puede depender únicamente de su voluntad, sino en que tenga la posibilidad de hacerlo⁶⁵⁵. La aplicación de dicho planteamiento, para poder considerar la existencia de sucesión en supuestos de concesión y posterior reversión de la misma, requiere la previa entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la explotación, de tal forma que en los supuestos de sucesión de la subrogación no opera si no ha tenido lugar una transmisión de activos patrimoniales⁶⁵⁶.

Un análisis más profundo de este planteamiento nos lleva a considerar que su lógica interna implica que el acto de extinción de un servicio es una decisión dada en el propio interés y no en función de una apreciación del interés general orientada por criterios de sostenibilidad y eficacia. Pero no se trata solo de eso, llevado al extremo, es evidente que la obligada asunción del personal procedente de un operador privado para la prestación de una actividad que se pretende extinguir acaba condicionando seriamente la potestad de organización de la Administración, restringiendo su libertad de valoración para adoptar la decisión de continuar o no con la prestación de un servicio que ha de moverse en otros parámetros. Por si esto fuera poco, la doctrina mencionada no distingue entre servicios obligatorios, y actividades conexas y posibles, con lo que se puede acabar imponiendo a la Administración la interiorización de una serie de servicios que no pueden considerarse propios de la actividad administrativa, por la simple traslación de los prestados por la empresa contratista⁶⁵⁷.

En otro orden de consideraciones, resulta común en nuestra doctrina distinguir entre tres posibles fórmulas de sucesión: la básica por aplicación imperativa de la redacción prevista en el artículo 44 ET, la convencional alcanzada a partir de la autonomía colectiva y la contractual establecida en los pliegos de condiciones administrativas⁶⁵⁸. Lo cierto es que a los tipos citados nosotros debemos añadir la modalidad particular que acompaña el traspaso sucesorio entre

⁶⁵⁵ Lo contrario supondría abrir una ancha puerta al fraude, al permitir a quienes utilizan esta forma de gestión indirecta de servicios al poder desprenderse en cualquier momento de la plantilla sin coste alguno, recuperando los bienes que constituyen el substrato objetivo de la empresa, tal como se dice en la STS de 26 de mayo de 1987, ROJ: STS 12347/1987, con doctrina consolidada para la gestión de servicios públicos en la STS de 5 de febrero de 1991, ROJ: STS 16469.

⁶⁵⁶ STSJ de Madrid de 29 de abril de 2016, ROJ: STSJ M 5048/2016.

⁶⁵⁷ Como pueden ser los servicios de restauración o cafetería. Véase al respecto el interesante voto particular que acompaña a la STSJ de Madrid de 4 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ M 17810/2012.

⁶⁵⁸ Una clasificación de los diversos tipos de sucesión empresarial, con cita de la jurisprudencia que los avala, en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 7 de julio de 2011, AS/2011/2703, y en la SAN de 25 de marzo de 2015, ROJ: SAN 1360/2015.

entes del sector público derivado de la legislación de reestructuración, lo que plantea una serie de problemas singulares dada la estructura compuesta de nuestro Estado y el particular sistema de distribución de competencias en materia laboral.

No hemos referido ya a la sucesión legal que opera en casos de traspasos de servicios o actividades públicas por imperativo del artículo 44 ET, correctamente interpretado a la luz de las Directivas comunitarias y de la doctrina elaborada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, sucesión que exige la transmisión de una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados con capacidad para continuar una actividad productiva, esencial o accesoría.

Conviene ahora añadir que la apreciación de este tipo de sucesión goza de una absoluta prioridad siempre que se den los requisitos previstos al efecto, con lo cual los demás tipos de sucesión únicamente pueden actuar en defecto o ausencia de alguno de sus elementos característicos. Por otra parte, ha de considerarse que los efectos y las consecuencias de los diferentes tipos de sucesión no son exactamente los mismos. La sucesión legal se transforma en una verdadera obligación de subrogación que se impone por ministerio de la ley a las empresas y a los trabajadores. La subrogación convencional presupone también una obligación de subrogación pero solo en los términos y las condiciones que se pueden haber fijado en el correspondiente convenio y siempre sujeta a los límites y formalidades que la norma colectiva establezca. La llamada hasta ahora subrogación contractual ha de producirse siempre en los estrictos términos acordados por presuponerse fruto de una manifestación de voluntades nacido del acuerdo entre las empresas que se suceden o, en su caso, del pliego de condiciones del contrato, lo que en principio ha de aceptarse por los propios trabajadores interesados⁶⁵⁹.

En principio, la sucesión convencional ha de venir impuesta por norma sectorial eficaz, lo que ocurre en numerosos ámbitos productivos en los que el desarrollo de las actividades empresariales descansa principalmente en mano de obra y la sucesión de contratistas resulta relativamente frecuente, constituyendo un contenido típico del convenio la inclusión de cláusulas en virtud de las cuales se impone a los empresarios que sucedan a otros en el desarrollo de las mismas actividades la obligación de absorber al personal de estos últimos⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Volvemos a advertir de que este tipo de sucesión queda seriamente cuestionada después de la aprobación del artículo 130.1 LCSP 2017, que implícitamente parece descartarla.

⁶⁶⁰ Como se señala en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto. La sucesión de empresa en los supuestos, *ob.cit.*, p. 100-106. Dicho autor advierte de la presencia de una abundante y matizada tipología de cláusulas convencionales que introduce una serie de condicionantes a la subrogación de personal como pueden ser los siguientes: a) Acreditar la concurrencia en los trabajadores afectados de un período mínimo de antigüedad de forma

En cualquier caso, el problema se plantea cuando alguna de las cláusulas convencionales que regulan la sucesión convencional se extiende a la subrogación de personal de las empresas que se sustituyen mediante cualquiera de las modalidades de contratación de servicios que se realizan a través de un concurso o de una oferta pública de contratación, señalando específicamente que entre las situaciones sujetas al procedimiento de subrogación se ha de contar con el rescate, la suspensión, la rescisión, la pérdida o la cesión total o parcial respecto de alguna de las actividades que se venían realizando por la empresa concesionaria o contratada por parte de la empresa que desarrolle efectivamente la actividad contratada hasta el momento. Lo que significa, lisa y llanamente, obligar a la Administración que pudiera asumir directamente la prestación de un servicio contratado a subrogarse en el personal afecto al mismo por imperativo de una cláusula pactada en un convenio colectivo sectorial.

Parece que esa imposición se refuerza ahora a raíz de la aprobación del artículo 130.1 LCSP 2017, donde se señala expresamente que una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, puede imponer al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, planteamiento que implicaría en línea de principio que en caso de internalización de actividades las normas convencionales de sector sobre subrogación de personal se aplicarían también a las Administraciones públicas⁶⁶¹.

Sin discutir que la intencionalidad del redactado último del artículo 130.1 LCSP 2017, pueda ser esa, nos parece difícil que se consiga obtener el resultado pretendido por estrictas razones lógicas que ha acreditado una constante jurisprudencia, donde se afirma que el contenido de

exclusiva o prevalente al servicio objeto de la transmisión para evitar sobredimensionamientos fraudulentos de la plantilla o la adscripción selectiva de empleados; b) excluir a cuantos se encuentren unidos con el empleador por vínculos de consanguinidad o afinidad, salvo acreditación expresa de una relación contractual; b) extender la protección únicamente a los indefinidos y fijos; c) exigir la identidad del objeto de los servicios en ambas concesiones, sin que sea posible la subrogación cuando se altera el contenido, extensión u objeto del contrato; d) limitar el número de individuos a subrogar o condicionar la sucesión, bien a la imposibilidad de que la anterior adjudicataria pueda dar nueva ocupación en alguno de sus centros de trabajo a los miembros de la plantilla adscritos a la concesión de servicio público, bien a la falta de personal en la nueva para hacer frente a la actividad; e) cumplir una serie de requisitos de carácter formal, cuya finalidad presenta el doble objetivo de informar a los trabajadores y justificar estar al corriente en el pago de las retribuciones y de las obligaciones con la seguridad social.

⁶⁶¹ Esa parece ser la lógica interna de la enmienda que provocó la incorporación de esta norma al texto inicial del proyecto de ley. Dicha enmienda, la núm. 877, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, al proyecto de LCSP 2017, que se puede ver en BOCG. Senado. N° 138.7, de 7 de septiembre de 2017, se justificaba por sus redactores aduciendo que su intención: “No es otra que la de aportar seguridad jurídica a los licitadores que en el caso de que una Administración tome una decisión unilateral como es la de internalización de lo que hasta la fecha había sido un servicio externo, se encuentran con la obligación de asumir los elevados costes de finiquitar al personal que hasta la fecha prestaba el servicio. Se trata simplemente de aplicar a las Administraciones públicas las mismas normas de subrogación que tienen que aplicar los operadores privados”

dichos instrumentos convencionales no puede alcanzar a las Administraciones públicas, en base a los argumentos siguientes:

a) Las cláusulas discutidas solo resultan de aplicación a las empresas que están incorporadas expresamente en el ámbito subjetivo de comprensión del correspondiente convenio colectivo, por lo tanto, el contenido normativo de un convenio no puede establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumirse por entidades que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación.

b) Las cláusulas obligacionales de un instrumento convencional solo pueden resultar de aplicación a las empresas que han estado representadas por las partes que han intervenido en la negociación del convenio colectivo, entre las cuales, por cierto, no suele haber constancia de ninguna institución pública.

c) La función de este tipo de cláusulas es operar entre contratistas que se sustituyen en la prestación de un servicio, resultando evidente que cuando una entidad pública rescinde la adjudicación de un contrato y decide asumir directamente la ejecución de un servicio público, no actúa como contratista del sector que obtiene una nueva adjudicación ni sucede en el contrato a un contratista anterior.

d) Dichas cláusulas se oponen frontalmente a imperativas previsiones legales que aquí sí resultan de obligada aplicación, como es la establecida ahora en el artículo 308.2 LCSP 2017, donde se dice que: “A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante”, debiéndose recordar al respecto que la ley ocupa en la jerarquía normativa una posición superior a la del convenio colectivo, razón por la que este debe respetar lo dispuesto con carácter necesario en aquella⁶⁶².

Aún así, también hay que dar cuenta de la existencia de una jurisprudencia menor que para el supuesto concreto de las empresas públicas, que se comportan implícitamente como empresas del sector y que no disponen de un convenio propio, impone la aplicación del convenio estatal

⁶⁶² SSTs de 11 de julio de 2011, ROJ: STS 5449/2011; de 19 de mayo de 2015, ROJ: STS 3028/2015; y de 21 de abril de 2015, ROJ: STS 2112/2015. Una doctrina mayoritaria que parece no impedir la existencia de algún pronunciamiento donde se considera al convenio colectivo comprensivo de cualquier actividad del sector desempeñado por un sujeto público o privado, lo que obliga a la empresa o entidad pública cesante y entrante, sin otra matización, trasladando la carga de la subrogación del personal a un ayuntamiento que se hace cargo del mantenimiento de jardines y zonas verdes de una zona industrial, tal como se puede ver en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de octubre de 2012, JUR/2012/404269.

del referido sector, aunque no se den las condiciones objetivas para una sucesión de empresas de carácter legal⁶⁶³.

Cuestión distinta, a la que después nos referiremos, es que dado el redactado literal del artículo 130.1 LCSP 2017, en su referencia expresa a un convenio colectivo o a un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general, puedan comprenderse aquí los propios convenios y acuerdos colectivos de las Administraciones públicas que impongan una subrogación que se traslade a los pertinentes contratos administrativos.

En cuanto a la contratación administrativa como vehículo amplio para imponer la subrogación empresarial entre empresas contratistas, hay que partir del dato objetivo establecido en el artículo 122.1 LCSP 2017, donde se señala que los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden incluir consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución.

En consonancia con lo anterior, el artículo 145.2 LCSP 2017 prescribe que la adjudicación de los contratos tendrá en cuenta los criterios cualitativos que establezca el órgano de contratación, entre los que se podrán incluir aspectos medioambientales o sociales vinculados al objeto del contrato citándose entre otros los referidos a la estabilidad en el empleo, debiéndose observar al respecto que las obligaciones de subrogación incluidas en los correspondientes pliegos están encaminadas a la continuidad de las relaciones de trabajo, lo que redundará en beneficio de la estabilidad en el empleo del colectivo de trabajadores potencialmente afectado.

Por su parte, el artículo 130.1 LCSP 2017, introduce el tema de la subrogación del empleador en las relaciones contractuales de nuestro sector público sentando una obligación de información cuando una norma legal o un convenio colectivo impongan la obligación de subrogación. Los servicios dependientes del órgano de contratación deberán facilitar a los licitadores, en el propio pliego, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir una exacta evaluación de los costes laborales que implicara tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de este.

⁶⁶³ STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2010, ROJ: STSJ CLM 2004/2010, y STSJ del País Vasco de 16 de septiembre de 2014, ROJ: STSJ PV 2709/2014.

Finalmente, el artículo 202 LCSP 2017, señala explícitamente que los órganos de contratación podrán establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, que podrán referirse a consideraciones de tipo social o relativas al empleo, entre las que podrán encontrar las referidas a garantizar el respeto a los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las convenciones fundamentales de la OIT.

A la vista de lo que se ha expuesto, teniendo en cuenta que los preceptos citados mantienen una línea de continuidad con los que existían hasta el momento en la legislación anterior, parece que el sistema legal de la contratación pública permite de una manera más o menos directa la inclusión en la contratación de condicionantes o aspectos sociales en tres modos distintos: 1) como criterios a tener en cuenta para la valoración de las proposiciones y la adjudicación de los contratos que deberán vincularse de algún modo con el objeto de dichos contratos; 2) como condiciones especiales de ejecución del contrato siempre que no sean discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario, se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos; y 3) Como deber de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación⁶⁶⁴.

Por lo tanto, no ha de sorprendernos que constituya una práctica habitual que los pliegos de condiciones establezcan alguna previsión en las fases de adjudicación o ejecución del contrato sobre el destino de los trabajadores de una empresa adscritos a un determinado objeto contractual cuando este pasa a manos de otra o retorna a la Administración, con el objetivo fundamental de garantizar la estabilidad en el empleo y las condiciones de trabajo existentes pero también como una práctica de gestión para aprovechar la mayor experiencia y conocimiento que el trabajador tiene de la actividad por desarrollar en sus puestos de trabajo, lo que no deja de ser una garantía de eficacia.

Sin embargo, existe en la doctrina administrativa una línea consolidada que concluye de forma evidente que la obligación de subrogación no constituye un ámbito propio de decisión del órgano de contratación, sino que deriva de lo que disponga la normativa de carácter laboral y

⁶⁶⁴ Véase al respecto con referencia a la antigua LCSP 2011, BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº Extra 10, 2008, p. 231-244; DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 30, 2012, p. 40-45.

los correspondientes convenios colectivos, debiéndose limitar los pliegos a suministrar la información que resulte necesaria a los licitadores al objeto de que éstos formulen sus ofertas con conocimiento de las relaciones y condiciones en las que se han de subrogar⁶⁶⁵.

Al respecto, se recuerda en esta materia la doctrina sentada en el Informe 31/1999, de 30 de junio, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, según la cual: “la subrogación de una empresa en las relaciones laborales de otra es cuestión cuya posibilidad ha de ser resuelta de conformidad con la legislación laboral vigente, en concreto determinando si resulta aplicable al supuesto de hecho del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o, en su caso, de los respectivos convenios colectivos, sin que nada al respecto tengan que establecer los pliegos de cláusulas administrativas particulares”. Un planteamiento que ha sido seguido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 181/2011, de 6 de julio, en la que se manifestaba: “la obligación del adjudicatario de subrogarse en las relaciones laborales vigentes con el contratista que, en el momento de convocarse una licitación se halle ejecutando un contrato con el mismo objeto, surge, normalmente, como una exigencia del convenio colectivo que afecta al sector de actividad de que se trate”, advirtiendo en su Resolución 134/2013, de 5 de abril que: “la existencia o no de la obligación de subrogarse en los contratos de trabajo que venían ligando al anterior concesionario depende de si esa obligación está contemplada en el convenio colectivo del sector. Si no lo está, el establecimiento *ex novo* de esta obligación en los pliegos excedería de su contenido jurídicamente admisible, por lo que deberían ser anulados en este punto”.

Hay que mencionar además que la afirmación de una clara línea jurisprudencial donde se manifiesta que nada deben decidir los órganos de contratación en una materia como es la subrogación empresarial sobre la que carecen de competencias, y que ha de resolverse siempre en base a lo establecido en la legislación laboral y en los convenios colectivos, ya sea en la fase de adjudicación del contrato, con la atribución de puntos por la subrogación, o en la de ejecución del mismo, exigiendo al nuevo adjudicatario que se subrogue en las relaciones laborales preexistentes⁶⁶⁶.

⁶⁶⁵ Como se advierte en HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M. “Subrogación laboral en los contratos del sector público”. *Actualidad Administrativa*. Nº 5, 2014. P. 1-9.

⁶⁶⁶ Véase al respecto las SSTs de 16 de marzo de 2015, ROJ: STS 1475/2015; y de 8 de junio de 2016, ROJ: STS 2675/2016. En la misma dirección, las SSTSJ de Madrid de 23 de febrero de 2011, ROJ: STSJ M 1793/2011; y de Madrid de 30 de mayo de 2013, ROJ: STSJ M 5973/2013, también la STSJ del País Vasco de 11 de julio de 2014, ROJ: STSJ PV 1954/2014, que anula la Instrucción del Consejo de Gobierno de la Diputación Foral de Vizcaya de 29 de octubre de 2013, sobre Criterios de Mantenimiento de las condiciones de Trabajo y Medidas de Carácter Social para su Aplicación en los Procedimientos de Contratación”. La SAN de 25 de marzo de 2015, ROJ: SAN 1360/2015, distingue entre aquellas cláusulas que valoran como criterio de adjudicación la subrogación a través

Los planteamientos mencionados se pueden llegar a reforzar ahora con la redacción del artículo 130.1 LCSP 2017, del que puede deducirse sin un particular esfuerzo interpretativo que no es posible imponer la obligación de que el adjudicatario de un contrato administrativo se subroge como empleador en los contratos laborales del personal que se encontrara prestando servicios antes de la adjudicación, salvo que dicha obligación se desprenda directamente de la ley o del convenio colectivo que resulte de aplicación.

En buena lógica, lo que dispone el artículo 130.1 LCSP 2017, es una obligación de facilitar a los licitadores la información necesaria y relevante para la subrogación, en los supuestos de sucesión legal previstos en el artículo 44 ET o en los de sucesión convencional que puedan desprenderse de los convenios colectivos vigentes en el sector de actividad de que se trate. Ahora bien, fuera de la subrogación legal o convencionalmente obligatoria, nos parece discutible que dicho precepto pueda tomarse como excusa para que el órgano de contratación decida su inclusión en cualquier contrato en el que así lo estime conveniente cuando no exista una obligación legal o convencional de hacerlo⁶⁶⁷.

Capítulo aparte merecen aquellos pronunciamientos favorables a la aceptación de cláusulas de la contratación que impongan la subrogación de los trabajadores en base al obligado cumplimiento de un acuerdo o convenio colectivo propio de los empleados públicos de una determinada Administración o ente público. Entiéndase bien que nada hay que objetar a la existencia de convenios de sector que impongan la subrogación entre empresas contratistas de dicho sector, un dato que resulta relativamente frecuente en nuestro sistema de relaciones laborales⁶⁶⁸. Nos referimos aquí a un supuesto diverso en el cual la cláusula de subrogación de

de la concesión de puntos y las que simplemente la impongan como un criterio de ejecución condicionada a la voluntaria aceptación por el trabajador, las primeras supondría una discriminación contraria a la competencia, claramente favorecedora del contratista saliente o anterior adjudicatario; las segundas, al no ser un factor determinante de la adjudicación, se aceptan como un tipo de cláusula social de la contratación que pretende la estabilidad de los puestos de trabajo, por tanto, tienen un claro objetivo de defensa de un interés público y se aplican por igual a todas las empresas del ramo. Por otra parte, hay que observar que dicha línea, que se mantiene con total coherencia por la jurisdicción contenciosa, contrasta con el punto de vista de la jurisdicción social que ha admitido los efectos subrogatorios del pliego en base al anterior redactado del artículo 120.1 LCSP 2011, en el que la norma hablaba literalmente: “de aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”. Para un análisis de esta controversia a la luz de la doctrina administrativa y social existente, BELTRAN DE HEREDIA, Ignasi. “Efectos subrogatorios de los pliegos de condiciones: controversia jurisdiccional administrativo-laboral, concesiones de servicio público de transporte por carretera e incidencia del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público”. *XXVIII Jornades Catalanes de Iuslaboralistes*. Barcelona: 2017, p. 1-16.

⁶⁶⁷ Un planteamiento por cierto que resulta concorde con el expresado en su día en el Informe 5/2015, de 13 de noviembre, de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, sobre la posibilidad de establecer en todo caso en los pliegos de cláusulas administrativas la subrogación obligatoria del personal que venía prestando el servicio.

⁶⁶⁸ La STSJ de Madrid de 13 de enero de 2012, ROJ: STSJM 75/2012, dirá que: “en nuestro Derecho Colectivo, los sectores que regulan la subrogación en los Convenios Colectivos Nacionales son: Acción social e intervención

los trabajadores de las empresas de servicios en los supuestos de cambio de la titularidad de la contrata se incluye en el pliego de condiciones de la licitación por imposición de un instrumento colectivo pactado entre un ente público y las organizaciones representativas de los trabajadores.

Lógicamente ello presupone que la obligación de la Administración de establecer una obligación de subrogación en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos para la adjudicación del servicio público del que ella es titular se constituye al respecto y de una manera autónoma como un contenido posible de la negociación de los acuerdos sobre materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral y de los convenios colectivos del personal laboral, una afirmación que se deduciría de una interpretación sistemática de los argumentos siguientes:

a) En la contratación del sector público se puede distinguir perfectamente entre aquellos criterios que podrían incluirse en cualquier licitación para la valoración de ofertas, como puede ser el precio y la calidad, y aquellos otros que se podrían contemplar en la medida en que guardaran una relación directa con el objeto del contrato, como puede ser el compromiso de subrogación como una condición social que responda a necesidades exigidas por el servicio público a prestar.

b) Resulta posible incluir en el pliego de condiciones una cláusula que establezca la subrogación de las empresas de servicios en el caso de cambio de titularidad del contrato, ya que dicha inclusión puede no constituir un criterio de selección sino una condición relacionada con la ejecución del contrato, advirtiéndose al respecto de que los pliegos pueden contemplar los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

c) Se recuerda indirectamente que las propias normas de la contratación administrativa contemplan la posibilidad de que en los pliegos de condiciones incluyan cláusulas de subrogación, en referencia a la información sobre las condiciones de subrogación en contratos

social, asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de minusválidos, asistencia en tierra en aeropuertos (handling), atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, captación, elevación, conducción, tratamiento, depuración y distribución de aguas, Construcción. Contact Center, Contratas Ferroviarias, Empresas Concesionarias y privadas de aparcamientos de vehículos, entrega domiciliaria, hostelería, instalaciones deportivas, juego del bingo, limpieza de edificios y locales, limpieza pública, viaria, riegos, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado, mantenimiento de cabinas, soportes y teléfonos de uso público, puertos del Estado y autoridades portuarias, regulación de estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública, reparto sin direccional, seguridad, transportes de enfermos y accidentados en ambulancias. Además existen una relación de sectores que regulan la subrogación en sus Convenios Sectoriales autonómicos y/o provinciales”.

de trabajo, señalándose que si no pudiera imponerse la obligación de que el adjudicatario de un contrato se subrogue como empleador, dicho precepto sobraría.

d) La tesis de que un acuerdo colectivo no puede imponer su cumplimiento a empresas situadas fuera de su ámbito de aplicación, ni puede imponer a empresas y trabajadores que no fueron parte de la negociación de una subrogación que no han consentido, se considera excesivamente reduccionista y poco apropiada. En primer lugar, porque se olvida que vencido un contrato de adjudicación de un servicio del que es titular la Administración, dicho servicio revierte jurídicamente a la Administración misma, con lo que en línea de principio operará respecto de ella la obligación legal de subrogarse en los contratos de los trabajadores empleados por la adjudicataria en el servicio; sobre esa base, cuando en un posterior contrato de adjudicación del mismo servicio se establece la cláusula de subrogación del adjudicatario en los contratos de los trabajadores que el anterior adjudicatario tuvo, no puede decirse en rigor que la Administración resulte ser un tercero ajeno a esos contratos, sino que se nos aparece directamente concernida en su posición de posible empleador. En segundo lugar, la traslación de las cláusulas de subrogación a los pliegos de contratación se imponen a quienes la firmaron, es decir, al ente público que suscribió los correspondientes acuerdos convencionales, que al margen del contenido posible o no de la negociación, le atribuyó una validez y eficacia que posteriormente no se puede cuestionar de una forma indirecta. En tercer lugar, se observa que a las empresas de servicios no se les impone de entrada el cumplimiento del acuerdo o del convenio colectivo, sencillamente si acuden al concurso público que se convoque han de respetar la totalidad de las cláusulas generales y particulares, y entre estas últimas estará la subrogación en los contratos de los trabajadores; la obligación de subrogación no nace pues para ellas del instrumento colectivo sino de la aceptación que la empresa hace del concurso, al que libre y voluntariamente se ha presentado, sometiéndose a las estipulaciones del mismo, una obligación que, por cierto, no se impone a los trabajadores afectados por el proceso de transmisión que podrán o no aceptar libremente la subrogación de sus contratos⁶⁶⁹.

⁶⁶⁹ La doctrina expuesta se localiza fundamentalmente en las SSTs de 4 de junio de 2013, ROJ: STS 3407/2013, y en la de 30 de abril de 2014, ROJ: STS 2171/2014, cuya redacción final acaba incluyendo un elemento de confusión al señalar que la interpretación conjunta de los artículos 44 ET, 120 LCSP 2011 y 37.1 EBEP, lleva a la conclusión que un pacto de subrogación contenido en acuerdo sobre materias comunes tiene plena cabida en la negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones públicas, cuando lo que se trata de demostrar es que dicho acuerdo detenta la capacidad suficiente para constituirse en una norma de base convencional que imponga la subrogación en aquellos supuestos en donde no se dan los elementos que acrediten la subrogación legal. En todo caso, el reverso de este tipo de pronunciamientos puede encontrarse en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 1 de julio de 2015, ROJ: STSJ AND 8223/2015, que se pronuncia sobre la posible aplicación de una cláusula de mantenimiento en el empleo contenida en el convenio colectivo del personal laboral de una empresa pública provincial donde se garantizaban los contratos de trabajo vigentes frente a cualquier supuesto que implicará

Como conclusión, podríamos decir que a la luz de esta jurisprudencia la admisibilidad del efecto subrogatorio de una cláusula del pliego de condiciones va a depender de la existencia o no de un instrumento colectivo propio de una determinada Administración pública que lo respalde⁶⁷⁰. Por tanto, la aceptación de este tipo de prescripciones contractuales no debería plantear excesivas dificultades cuando en una norma colectiva suscrita por el ente público titular del servicio o que resulte aplicable a las empresas concernidas por la transmisión de la actividad se hallará prevista de una forma suficiente y detallada la sucesión por incorporación a los correspondientes pliegos o como un efecto directo de la misma norma convencional⁶⁷¹.

Un efecto, por cierto, que nos parece discutible a despecho de su consagración legal. Nuestro Tribunal Supremo, y ahora también el legislador, parece haber encontrado en la legislación de contratos del sector público una criticable vía de desbordamiento de la potestad de organización del servicio. Lo que se admite implícita y explícitamente en base a estos planteamientos es que a través de un acuerdo colectivo se puede imponer a la Administración la obligación de integrar el personal de las empresas operadoras en caso de reversión o sucesión en la contratación administrativa. Entiéndase bien que no nos estamos refiriendo a un supuesto de sucesión legal previsto en la legislación laboral. Nos estamos remitiendo a aquellos casos en que se desbordan los elementos subjetivos, formales y objetivos que constituyen el instituto de la sucesión de empresas establecidos en el artículo 44 ET y en la Directiva comunitaria que resulta de aplicación, y que, por tanto, se sitúan fuera del campo estricto de la subrogación legal a través de la voluntad paccionada de la Administración actuante y de los sindicatos representativos en un determinado ámbito de la negociación, constituyendo una situación propia que puede llegar

reducción o pérdida de empleo, señalando que en este caso dichos trabajadores tendrían que ser absorbidos en la plantilla de la empresa u organismo provincial que continuará prestando servicios propios de la empresa, subrogándose en las mismas condiciones de trabajo y respetándose la antigüedad, categoría y salario, advirtiendo que: “no es concebible una aplicación del convenio, incluso aun cuando como es el caso se trate de la propia corporación, socia constituyente de la sociedad, pues ya se ha argumentado que se trata de entidades con personalidad jurídica propia y distinta. En realidad, el precepto en cuestión solo cabe ser interpretado como expresivo de la subrogación que, con carácter general, se prevé en el artículo 44 del ET, pero en el entendido que ello no impediría a la sociedad empleadora –como, en definitiva ha ocurrido- el acometer extinciones cuando estas estén debidamente amparadas en las causas legalmente establecidas”.

⁶⁷⁰ Como se señala en NORES TORRES, Luís Enrique. “El empleo público en tiempo de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.1”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 35, 2014, p. 16. No hay, pues, cuatro procedencias distintas de la obligación de subrogación, sino solo dos: la subrogación legal por imperativo del artículo 44 ET, en la que puede encajar la llamada sucesión de plantillas, y la subrogación convencional, que puede acabar imponiéndose a través de los pliegos de la contratación pública, pero que tiene su origen en la norma convencional; sobre los diversos orígenes de la obligación de subrogación, nos remitimos al trabajo de MADRIGAL ESTEBAN, María Jesús; MARÍNEZ SALDAÑA, David. “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 40, 2015, p. 33-51.

⁶⁷¹ Cuestión distinta es que el instrumento convencional del correspondiente ente público contemplaran directamente la imposición del deber de subrogación en caso de externalización del servicio al margen del procedimiento de contratación, tal como se puede ver en la STS de 28 de octubre de 1996, ROJ: STS 5900/1996.

a desbordar las previsiones legales existentes en materia de oferta de empleo público y acceso a la función pública⁶⁷². Es decir, a través de un instrumento colectivo que resulta de la voluntad concordante de la propia Administración y los sindicatos se puede llegar a orillar principios fundamentales de la legislación de empleo público utilizando al efecto las normas sobre contratación pública. Lo que, sin duda, formulado de esta manera, parece paradigmático.

Si atendemos ahora a las obligaciones laborales derivadas de la sucesión habrá que seguir distinguiendo entre los procesos derivados de una sucesión legal y los que son fruto de una sucesión convencional.

La subrogación legal cuando se verifica la existencia de una transmisión de una unidad productiva autónoma presupone la entera aplicación del artículo 44 ET considerado como una norma de derecho necesario en virtud de la cual se producen dos efectos esenciales. El primero, implica la conservación de las relaciones laborales y el mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales existentes hasta el momento. El segundo, comporta que el empresario cedente y el cesionario responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas durante un período de tres años.

Dos son, por tanto, las consecuencias de la aplicación del artículo 44 ET para el nuevo titular de la correspondiente entidad productiva objeto de la transmisión:

a) La aparición de una obligación de conservación de las relaciones laborales, asumiendo en sus propios términos la posición contractual del anterior empresario, con la consiguiente desvinculación del mismo que se limitará a comunicar a los trabajadores que como consecuencia de la transmisión pasan a depender de un nuevo empresario, sin que dicho acto de información pueda considerarse una comunicación de despido. En todo caso, conviene advertir de que la subrogación legal tiene un carácter bidireccional, se impone al ente público que actúa como cesionario pero también a los trabajadores del empresario cedente adscritos a las unidades productivas que constituyen el objeto de la sucesión, trabajadores que están

⁶⁷² Una crítica a estos contenidos convencionales, y a otros de similares en el sector privado, que, por ejemplo, prohíben la externalización de servicios propios, los condicionan a un acuerdo con los representantes sindicales, o establecen una preferencia general por la gestión directa, lo que no se considera compatible con el principio de libertad de empresa en TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. *Empleo y negociación colectiva*. Madrid: La Ley, 2014, p. 154-157. Con todo, si queremos destacar que falta en el sistema de representación de los funcionarios, la afirmación de un derecho de información y consulta sobre los supuestos de contratación externa que puedan afectar a la situación y la estructura del empleo, similar al que se reconoce a los comités de empresa en el artículo 64.5 ET. Al respecto, ALONSO BRAVO, Milagros. “La participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones empresariales organizativas con riesgo para el empleo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 18, 2008, p. 10-17.

obligados a aceptar al nuevo empresario sin que se considere necesaria una manifestación expresa de voluntad.

b) El surgimiento de una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no se hayan satisfecho durante un período de tres años a contar desde la transmisión⁶⁷³.

La subrogación convencional adopta un perfil distinto. Dicha sucesión toma como referencia las cláusulas paccionadas siendo menester reconocer la falta de homogeneidad entre los diferentes pactos colectivos que regulan esta materia, gracias al establecimiento de una serie de preceptos propios y específicos de cada uno de ellos en atención a las singularidades intrínsecas de un sector o de una particular situación. En todo caso, la obligación de subrogación se produce en los términos y condiciones que fija el instrumento colectivo, en el que pueden establecerse determinados límites que conciernan a categorías concretas de trabajadores, y se considera sujeta a determinadas formalidades, de manera que suele constituir práctica habitual obligar al saliente a entregar al nuevo prestador del servicio una serie de documentos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones laborales y de seguridad social, así como los relativos a la legalidad de la contratación, advirtiéndose al respecto de que si se incumplen estas obligaciones no se producirá la subrogación convencional y la empresa saliente será la responsable de las posibles extinciones contractuales. En cuanto a los efectos de la sucesión convencional, dada la libertad de las partes para la delimitación de los preceptos propios de las normas colectivas, aquellas serán las que se hayan previsto en los instrumentos paccionados, sin que resulte necesario que resulten coincidentes con los efectos de la sucesión legal. Muy frecuentemente las cláusulas convencionales se limitan a garantizar el mantenimiento de la relación laboral, sin asegurar los derechos y obligaciones laborales preexistentes. Además, por regla general la autonomía colectiva no carga al nuevo adjudicatario con la obligación de responder solidariamente de las deudas contraídas por el anterior⁶⁷⁴.

⁶⁷³ En los procesos de recuperación de servicios conviene tener muy en cuenta la diferencia existente entre ambas garantías: la garantía de la subrogación y la garantía de la responsabilidad solidaria. Al respecto, hay que tener en cuenta que la garantía de la responsabilidad solidaria alcanza a todas las deudas del empresario anterior nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, tanto respecto de los contratos de trabajo vigentes al tiempo de la transmisión como de los no vigentes, lo que presupone la asunción de responsabilidades por deudas laborales preexistentes a la transmisión respecto de un trabajador no cedido, tal como se advierte en DEL REY GUANTER, Salvador; MARTÍNEZ FONS, Daniel; SERRANO OLIVARES, Raquel. “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. N° 58, 2005, p. 238-239.

⁶⁷⁴ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto. La sucesión de empresa en los supuestos, *ob.cit*, p. 101-110.

El posible cumplimiento de las obligaciones derivadas de la sucesión no va a poder obviar que el cesionario resulta ser un ente público sometido a un particular ordenamiento jurídico que pauta las reglas de clasificación de puestos y de ingreso en sus empleos.

La primera dificultad pues para la interiorización de personal proveniente de una sucesión de empresas del sector público o del sector privado hacia una matriz pública va a poder localizarse en el régimen jurídico de la clasificación de puestos que se haya podido adoptar por una estructura que los ha diseñado atendiendo a los criterios que en las normas de derecho público permiten identificar los diferentes puestos de trabajo. La cuestión consiste en preguntarse hasta qué punto puede incorporarse al personal laboral subrogado en una posición que permita su consideración como una dotación de un puesto de trabajo reservado a funcionarios. Lógicamente, la pregunta se puede plantear de una manera inversa, es decir, hasta qué punto la clasificación de un puesto como reservado a funcionarios puede constituir un obstáculo objetivo a una subrogación de personal laboral⁶⁷⁵.

Planteada en estos términos la cuestión parece resolverse a la vista de algún pronunciamiento, donde se hace prevalecer el mecanismo de sucesión legal sobre las decisiones administrativas de clasificación de puestos, recordando que las mismas no pueden suponer un impedimento para la subrogación al ser algo que se decide en última instancia por la propia Administración⁶⁷⁶.

De igual forma se rechaza la utilización del vínculo funcional para eludir la asunción del personal proveniente de una sucesión de empresa, lo que se produce cuando un determinado ente público articula un sucedáneo de proceso selectivo, fundamentalmente basado en la experiencia obtenida en puestos de trabajo correspondientes a la anterior empresa adjudicataria del servicio, y mantiene a una parte sustancial del personal tras nombrarles como funcionarios interinos y hacerles renunciar a su vínculo laboral⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Sobre los criterios a la hora de decidir cuándo un puesto de trabajo debe ser cubierto por personal funcionario o laboral, nos remitimos a los trabajos de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Criterios para la clasificación del empleado público ¿funcionario o laboral?”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 5, 2012, p. 82-99, y de GORRITI BONTIGUI, Mikel. “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 11, 2016, p. 94-111.

⁶⁷⁶ STS de 21 de mayo de 2014, ROJ: 3410/2014. Nuestro derecho ya conoce el supuesto de personal laboral que desempeña funciones o puestos clasificados como propios del personal funcionario, tal como queda acreditado a la vista de la disposición transitoria segunda EBEP 2015.

⁶⁷⁷ Tal como se dice en las SSTSJ del País Vasco de 15 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ PV 3002/2015, y en la del País Vasco de 13 de octubre de 2015, ROJ: STSJ PV 3281/2015: “el Ayuntamiento no puede eludir la sucesión empresarial que existe ex. Art. 44 ET esgrimiendo como argumento la vinculación funcional y no laboral, y la superación de las pruebas por los trabajadores que lo fueron de la UTE, cuando la realidad es que ha existido asunción de plantilla en número más que considerable (provocada por los méritos establecidos por el propio Ayuntamiento para acceder a los puestos y transmisión de los elementos precisos para la ejecución del servicio”.

El artículo 70.1 EBEP 2015 establece que las necesidades de recursos humanos, con asignación presupuestaria, que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de una oferta de empleo público u otro instrumento similar que se aprobará anualmente. Por tanto, el alcance de la oferta de empleo público consiste en determinar y anunciar al público las plazas vacantes y presupuestadas existentes en una determinada estructura de plantilla que podrán ser objeto de cobertura en el ejercicio presupuestario anual a que está referida. La incorporación de plazas a una determinada oferta de empleo público se limita a través de una tasa de reposición de efectivos que fija el máximo de las vacantes que se pueden cubrir y que se expresa a través de un porcentaje. Para calcular la tasa de reposición de efectivos el porcentaje máximo autorizado se aplicará sobre la diferencia que pueda resultar entre el número de empleados fijos que dejaron de prestar servicios durante el ejercicio presupuestario correspondiente en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado a los mismos, en el referido ejercicio, por cualquier causa, excepto los procedentes de ofertas de empleo público, o reingresado desde situaciones que no conlleven la reserva de puestos de trabajo⁶⁷⁸.

Puede pensarse que todo proceso de subrogación de personal proveniente de una internalización de servicios resulta ser en sí mismo un proceso de incremento de efectivos en las plantillas públicas que puede acabar repercutiendo y desbordando la tasa de reposición de efectivos. Lógicamente si eso es así, la tasa de reposición de efectivos se convierte en un límite cierto a los procesos de reversión en los que difícilmente va a poder operar una subrogación de personal.

Advirtamos ya sobre la necesidad de no interpretar de una manera abstracta, unilateral e indiferenciada los límites presupuestarios a la incorporación de personal en las plantillas públicas prescindiendo de los matices que puede aportar cada situación, lo que no nos ha de llevar a prescindir de los objetivos principales que contienen las leyes financieras que no son otros que afrontar el déficit público ante las exigencias que plantea la actual coyuntura económica.

De entrada, no estará de más señalar que las limitaciones que contienen los preceptos presupuestarios se refieren a la incorporación de personal de nuevo ingreso vinculado exclusivamente a una oferta pública de empleo u otro instrumento similar de gestión de las necesidades de personal, derivándose de esta situación la obligación de convocar los

⁶⁷⁸ Artículo 19. Uno.4 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

correspondientes procesos selectivos, pero no aluden a otros procedimientos de incorporación derivados del cambio en las distintas formas y modos de gestión de los servicios públicos o de la asunción directa por estos por parte de una Administración.

Sencillamente, los procesos de subrogación no resultan equivalentes a los procesos de contratación de nuevo personal que puedan referenciarse a una estructura de plantilla dada sobre la que poder calcular una tasa de reposición de efectivos. La subrogación no constituye nueva contratación sino cumplimiento estricto de la ley laboral y de las directivas comunitarias que pretenden mantener la estabilidad en el empleo, lo que a nuestro parecer no puede ser impedido por una norma de derecho público que ha de ceder excepcionalmente en determinados casos y sectores, en los que además se procura una opción por una forma de gestión que estructuralmente ha de presentarse como más sostenible y eficiente⁶⁷⁹.

En esta dirección, la doctrina de la Sala Social de nuestro Tribunal Supremo, ha señalado expresamente que la norma presupuestaria que condiciona las nuevas contrataciones debe ser interpretada restrictivamente por dos razones: primera, por su carácter excepcional pues contradice la regla general del artículo 70 EBEP, sobre la oferta anual de empleo público; y segunda, porque su aplicación resulta ser una norma restrictiva de derechos reconocidos por la norma laboral y por las directivas comunitarias⁶⁸⁰.

Los argumentos vertidos hasta el momento nos deberían llevar rápidamente a tres conclusiones. La primera es que la oferta pública de empleo no debe ser un obstáculo añadido a los procesos de reorganización de las formas y modos de gestión de los servicios públicos. Como se puede ver a tenor de la disposición adicional décima quinta y décima sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, los trasvases de personal con una relación preexistente de carácter fijo e indefinido entre personas jurídicas públicas y privadas del sector público se consideran una excepción a las limitaciones impuestas a la contratación de nuevo personal. Precisamente, lo que esta exclusión significa es que las operaciones de transformación, fusión, disolución y extinción de organismos, entidades, sociedades y fundaciones públicas que automáticamente presuponen la subrogación de todas las relaciones

⁶⁷⁹ Véase al respecto la STS de 18 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9186/2012, y la SAN de 10 de febrero de 2016, ROJ: SAN 251/2016, en las que se señala expresamente que las normas de derecho público que pretenden impedir nuevas contrataciones de personal laboral no puede ser un impedimento para la aplicación de las normas laborales que prevén la conversión de contratos temporales en indefinidos no fijos como una consecuencia de la aplicación de los límites a la duración del contrato por obra o servicio determinado o al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas, lo que mutatis mutandis puede extenderse a los procesos de subrogación laboral ordenados por el artículo 44 ET.

⁶⁸⁰ STS de 3 de febrero de 2015, ROJ: STS 979/2015; también, la STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2015, ROJ: STSJ AND 11967/2015.

jurídicas preexistentes comportan implícitamente una adaptación forzosa de la organización y de sus medios personales que en buena lógica deberán integrarse legalmente en la correspondiente Administración, organismo, entidad, sociedad o fundación pública a través de un proceso de adaptación de estructuras en el que no pueden ser un obstáculo las limitaciones establecidas por las leyes presupuestarias al acceso del personal de nuevo ingreso cuya posición hay que considerarla de forma distinta por el simple hecho de no haber mantenido en ningún momento una relación directa o indirecta con el servicio público. Limitar esta excepción a las formas de gestión directa propias del sector público es obviar que las estructuras públicas pueden funcionar en red a través de formas de descentralización directa e indirecta mediante vínculos empresariales de naturaleza contractual que constituyen verdaderas formas de gestión de los servicios públicos. La segunda conclusión a tener en cuenta es que la legislación presupuestaria limita las nuevas contrataciones laborales, siempre que cuestionen efectivamente el objetivo de contención o reducción del déficit público, pero dicha prohibición no es absoluta y se puede excepcionar siempre que la operación pretendida no contradiga este objetivo, de manera que la normativa legal no puede interpretarse de modo abstracto, parcial, indiferenciado y lineal, al margen de cada situación real. De hecho, las restricciones establecidas a través de la oferta pública de empleo se pueden exceptuar, con carácter excepcional, para cubrir necesidades urgentes e inaplazables, una consideración de tipo cualitativo que puede cubrir la singularidad misma que representa la recuperación de un servicio público y la necesidad de atender a su permanencia, continuidad y progreso técnico. La tercer y última de nuestras conclusiones en esta materia es que las Administraciones y sus entidades dependientes están vinculadas por la Ley y el Derecho, lo que supone que una Administración, un organismo o entidad, o una sociedad pública han de respetar y cumplir en sus condición de empresarios los requisitos y condiciones que derivan de las leyes laborales y de las directivas comunitarias en materia de transmisión de empresas, sin que se pueda constituir en un obstáculo o en una excusa absolutoria a nivel laboral, la obligación última de cumplir con el principio de estabilidad presupuestaria proclamado en el artículo 135 CE cuando entra en contradicción con el principio de estabilidad en el empleo derivado del de plena ocupación también previsto en el artículo 40 CE.

En otro orden de consideraciones, conviene advertir de que posiblemente el obstáculo más formidable a la subrogación del personal de una empresa adjudicataria a un ente del sector público habrá de ser el principio de igualdad y mérito que pauta el acceso al empleo público. Dicho principio se desprende directamente de la conjunción de los artículos 23.2 CE y 103.3 y

pauta el acceso a las funciones públicas. El artículo 55 EBEP, lo ha previsto como un derecho de acceso a todo el universo jurídico de las clases de personal que se configuran como empleados públicos. Al mismo tiempo, la disposición adicional primera EBEP, extiende la aplicación del principio contenido en el artículo 55 EBEP, a las entidades del sector público estatal, autonómico o local, con independencia de que su régimen jurídico se ajuste al derecho público o al privado.

En todo caso conviene advertir de que el derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad que se contiene primariamente en el artículo 23.2 CE, se identifica con la cobertura de plazas de los cuerpos y escalas de funcionarios pero no con las correspondientes a los grupos de personal laboral. De hecho, las SSTC 281/1993, de 27 de septiembre, 34/1995, de 6 de febrero y 132/2005, de 23 de mayo, advierten que el artículo 23.2 CE, como derecho fundamental, solo resulta aplicable al acceso a la función pública con exclusión de los contratos laborales propios del personal al servicio de las Administraciones públicas. Cuestión distinta es que dicho derecho se haya extendido por imperativo del artículo 55 y de la disposición adicional primera EBEP a todo el personal del sector público.

Este problema, a reserva de lo que después se dirá, no resulta de fácil solución⁶⁸¹. De hecho hasta tres posiciones parecen resultar posibles. En la primera, se parte de una primacía absoluta del principio de igualdad y mérito en el acceso a los empleos de la Administración y también en la contratación de personal propia de las entidades del sector público, lo que implica considerar la irregularidad del mismo proceso de sucesión, entendiendo que los trabajadores integrados directamente a través del mecanismo de la subrogación se situarían en una posición que les permitiría un acceso ilícito al empleo público, de manera que al no haberse cumplido con las normas que regulan el acceso al empleo público se produciría de hecho la nulidad radical de unas relaciones contractuales de carácter privado que por naturaleza no pueden subsistir en un entorno público, hasta el punto de que en casos extremos se ha dicho que existe un verdadero

⁶⁸¹ Lógicamente, la cuestión no se plantea única y exclusivamente desde la perspectiva del derecho de acceso. En la medida en que se puede producir la integración de personal a través de un proceso de subrogación, dicha asunción puede afectar a los derechos de promoción y carrera de los funcionarios y del mismo personal laboral de la Administración, lo que puede implicar una reacción de los mismos que cuestione una operación de sucesión que objetivamente les perjudica, con lo que las subrogaciones que derivan en una integración directa de personal en las plantillas públicas no solo tienen repercusión en el derecho de los ciudadanos al acceso en condiciones de igualdad a un empleo público sino que también perjudica a los que ya han accedido al empleo público y tienen derecho a mantenerse en su situación sin perturbaciones ilegítimas que se acaba deduciendo del artículo 14 EBEP, lo que se convierte en una razón más para oponerse a los procesos de subrogación de personal provenientes de formas jurídicas de derecho privado que han gestionado servicios públicos. En esta dirección, la STSJ de Andalucía de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011, y la STSJ de Galicia de 8 de junio de 2016, ROJ: STSJ GAL 4349.

fraude legal en la utilización del amparo que proporciona el artículo 44 ET como mera cobertura para conseguir el resultado último de que dicho precepto actúe como una “puerta falsa” que permita el acceso al empleo público al margen de los principios de igualdad y mérito⁶⁸².

En la segunda de las opciones planteadas la contradicción se resuelve extendiendo la calificación de personal indefinido no fijo al personal subrogado procedente de una forma empresarial que haya resultado gestora de unos servicios públicos transmitidos a una forma pública. Esta controvertida figura resulta ser una creación jurisprudencial que aparece consolidada a partir de la STS de 20 de enero de 1998, ROJ: STS 234/1998, donde se puso de manifiesto el problema de la contratación laboral temporal irregular de las Administraciones públicas que plantea una evidente contradicción entre el ordenamiento laboral que defiende la estabilidad en el empleo frente a actuaciones que, prevaliéndose de una posición de debilidad del trabajador, tratan de imponer una temporalidad no justificada, y el ordenamiento administrativo que consagra unos procedimientos de selección que garantizan la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los puestos de trabajo del sector público y que, al objetivar el reclutamiento a través de la aplicación de criterios de mérito y capacidad, son también una garantía para la eficacia de la actuación de la Administración Pública al servicio de los intereses generales. A partir de ahí se detecta la existencia de una colisión entre dos intereses contrapuestos: en el primer caso se protege fundamentalmente un interés privado, aunque de carácter social, en el segundo estamos ante un interés público de relevancia constitucional. A partir de estas consideraciones se acude como forma de resolución de la oposición planteada a la distinción entre el carácter indefinido del contrato y la fijeza en la plantilla, de manera que el carácter indefinido del contrato implica desde una perspectiva temporal que este no está sometido directa o indirectamente a un término. Pero esto no supone que el trabajador consolide sin superar los procedimientos de selección, una condición de fijeza en la plantilla que no sería compatible con las normas legales sobre selección de personal en las Administraciones públicas. En virtud de estas normas el organismo afectado no puede atribuir la pretendida fijeza en plantilla con una adscripción definitiva del puesto de trabajo sino que, por el contrario, está obligado a adoptar las medidas necesarias para la provisión regular del mismo y producida esa provisión existirá una causa lícita para extinguir el contrato.

La denominada relación laboral indefinida no fija parece incorporarse al ordenamiento jurídico del empleo público con la aprobación del EBEP. El artículo 8 EBEP, referido al concepto y

⁶⁸² STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ CLM 3501/2013.

clases de empleados públicos, considera el tipo siguiente: “Personal laboral, ya sea fijo, por tiempo indefinido o temporal”, refiriéndose luego en su artículo 11.1 EBEP, a la duración del contrato que: “podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal”. Como se sabe esta referencia a los indefinidos no tiene como finalidad última un reconocimiento expreso de esta figura, al modo de un tercer género entre fijos y temporales, sino que resulta ser una enmienda introducida en el texto original por el grupo de senadores nacionalistas vascos con la única finalidad de que el profesorado de religión estuviera recogido en este precepto. La razón última de la inclusión está en que estos profesores, según su regulación específica, no son temporales pero tampoco fijos, ya que la propuesta de la jerarquía eclesiástica excluye la aplicación de los procedimientos de selección de carácter público. Lo que no obsta a que una doctrina minoritaria pueda llegar a afirmar que, con independencia de su origen, la figura obtiene un cierto grado de consolidación legal⁶⁸³.

De la misma manera, los límites introducidos en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo, a la duración del contrato por obra o servicio determinado y al encadenamiento de contratos en las Administraciones públicas, para estos particulares supuestos, van a suponer, sin duda, un reconocimiento indirecto de la figura al establecer que en caso de incumplimiento de los límites máximos del contrato por obra o servicio o del límite al encadenamiento de contratos temporales, el trabajador continuará desempeñando el puesto que venía ocupando hasta que se proceda a su cobertura por un procedimiento ordinario fundamentado en el principio de igualdad y mérito, momento en el que se producirá la extinción de la relación laboral, salvo que el mencionado trabajador acceda al empleo público superando el correspondiente proceso selectivo.

⁶⁸³ Al respecto, ARUFE VARELA, Alberto. “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 40, 2015, p. 99-102. Radicalmente en contra de esta posición, SELMA PENALVA, Alejandra. “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”. *Relaciones laborales*. Nº 11, 2014, p. 79-82, que nos recuerda que la figura es una creación estricta de nuestra jurisprudencia social, a la que no puede recurrir la Administración pública como una modalidad contractual que puede actuar a su libre conveniencia. Una polémica que debería cesar a la luz de la doctrina establecida en la STS de 22 de julio de 2013, ROJ: STS 5057/2013, donde se señala que: “1º) no ha desaparecido la figura del indefinido no fijo para transformarse en indefinido sin más, 2º) el indefinido no fijo sigue caracterizándose por ser consecuencia de una declaración derivada de irregularidades producidas en una previa contratación temporal y sigue cesando por cobertura de la vacante; 3º) las Administraciones Públicas no pueden contratar directamente trabajadores indefinidos, salvo en el caso de los profesores de religión; 4º) los trabajadores contratados a través de los sistemas legales de selección son trabajadores fijos (art. 61.7 EBEP)”. Precisamente el Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Jordi Agustí Julia, al que se adhieren cuatro magistrados más considerada de utilidad la expresión “por tiempo indefinido” añadida al EBEP, expresión que a su entender: “no encuentra el límite de la dimensión del colectivo al que se quiso referir”.

La referencia resulta de interés porque la aplicación práctica de la figura del indefinido no fijo no se limita a un trabajador de un organismo público que haya adquirido tal condición como consecuencia de una reclamación judicial efectuada en virtud de la concatenación de sucesivos contratos temporales durante un plazo superior a 24 meses dentro de un período de 30 meses (en cuyo caso, el artículo 15.5 ET prevé su conversión en contrato indefinido), o a la prolongación de un contrato para obra o servicio determinado durante más de tres años (artículo 15.1.a ET), sino que se extiende también a la apreciación de fraude de ley en la causa temporal que aparentemente inspira la celebración del contrato, a la prestación laboral de servicios encubierta bajo la forma de un falso trabajador autónomo, y a las situaciones en las que un ente público haya participado en un fenómeno de cesión ilegal de trabajadores como receptor de mano de obra⁶⁸⁴.

Pues bien, la figura del indefinido no fijo se quiere utilizar aquí como una vía concreta para proceder a la integración en las plantillas públicas del personal subrogado procedente de una sucesión empresarial derivada de un proceso de recuperación de un servicio público por una forma pública de gestión. Más concretamente, en los supuestos que conocemos, es la negativa a la subrogación de efectivos procedentes de una forma privada de gestión la que se hace equivalente a un despido que se declara improcedente, generando el derecho al ingreso en una plantilla pública con la condición de trabajador indefinido no fijo o el pago de las correspondientes indemnizaciones por despido improcedente⁶⁸⁵.

Sin embargo la solución expuesta ha sido cuestionada por nuestra mejor doctrina advirtiendo que la figura del indefinido no fijo parece actuar como una verdadero cajón de sastre al que van a parar todos aquellos supuestos en que se produce un conflicto entre las previsiones del Derecho laboral y los principios de acceso al empleo público, subrayando al respecto que: “ni todos los supuestos son idénticos ni tampoco las causas por las que se producen son iguales”⁶⁸⁶.

⁶⁸⁴ Seguimos en estas líneas el trabajo de SELMA PENALVA, Alejandra. El trabajador “indefinido no fijo”, *ob.cit.*, p. 77-78.

⁶⁸⁵ Tal como se puede ver en las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 1 de junio de 2010, ROJ: STSJ CL 2004/2010; de Islas Canarias, Las Palmas, de 2 de junio de 2010, JUR/2010/418284; de Islas Canarias, Tenerife, de 22 de diciembre de 2014, ROJ: STSJ ICAN 4316/2014; y de Murcia de 15 de febrero de 2016, ROJ: STSJ MU 247/2016. Con muchas más dudas, la SAN de 29 de octubre de 2013, ROJ: SAN 4545/2013, donde se acaba optando por esta solución advirtiendo que en supuestos concretos en los que no existe una solución predeterminada se trata de procurar de una forma razonable la conciliación entre lo que está determinado por el EBEP y lo que está establecido en el ET.

⁶⁸⁶ Al respecto las acertadas afirmaciones de CASTILLO BLANCO, Federico A. “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 58-59, 2016, p. 93-94, donde se advierte que: “La contradicción entre las normas administrativas y laborales a la que ya se ha hecho referencia anteriormente, y que se ha resuelto mediante una interpretación

Lo cierto es que la opción por la conversión del personal laboral sucedido en personal “indefinido no fijo” parece plantear una serie de inconvenientes e interrogantes como pueden ser los siguientes:

a) Parece resultar determinante para que pueda aparecer la figura del trabajador indefinido no fijo que el trabajo en cuestión pueda ser considerado un empleo público al que resulten de aplicación los principios de igualdad y mérito. El planteamiento en cuestión parece crear una zona de fricción en la que se cuestiona si es posible el tipo de contratación indefinida no fija en una sociedad mercantil perteneciente al sector público. Aquí se afirma que la naturaleza jurídica de la relación laboral “indefinida no fija” trae causa de la naturaleza pública de la empleadora, siendo del todo insostenible cuando los trabajadores pasan a prestar servicios para una empresa privada con lo que no cabe contemplar un vínculo contractual de aquellas particularísimas características⁶⁸⁷.

b) La figura del “indefinido no fijo” es una respuesta judicial a las irregularidades que suele presentar la contratación de las Administraciones públicas que, pese a su ilicitud, no podía determinar la adquisición de la fijeza por el trabajador afectado, mientras que la subrogación del personal laboral procedente de una sucesión empresarial derivada de un cambio en el modo de gestión resulta ser un cumplimiento estricto de las normas laborales y de la Directiva comunitaria al que no puede anudarse un determinado efecto sanción que tenga como objeto prevenir una irregularidad que sencillamente no existe.

c) La sucesión empresarial es subrogación subjetiva pero no es novación objetiva. Tal como nos advierte la jurisprudencia, la subrogación solo supone para el subrogado la asunción o

integradora de ambas con la creación del denominado “indefinido no fijo”, no puede resolverse de forma idéntica en todas las circunstancias”.

⁶⁸⁷ La STS de 18 de septiembre de 2014, ROJ: STS 4290/2014, nos dirá que: “El personal laboral de una sociedad mercantil está excluido de la aplicación del EBEP, por cuanto el ámbito del mismo se ciñe al personal de las Administraciones Públicas, (...). En consecuencia, se hace difícil sostener que los trabajadores de una sociedad de derecho privado puedan ser calificados como “indefinidos no fijos”, siendo esta una calificación creada jurisprudencialmente para garantizar la situación de quienes prestan servicios para entidades públicas en un régimen de laboralidad que no se sujeta a una causa legal de temporalidad. La justificación de la figura del trabajador “indefinido no fijo” se halla, como se pone de relieve en la sentencia recurrida y resulta ampliamente conocido y reiterado en la doctrina judicial, en la necesidad de preservar los principios que rigen el acceso al ejercicio de una función pública, elemento justificativo que desaparece por completo en el ámbito de las relaciones entre privados”. Un planteamiento que a primera vista parece cuestionable, ya que la disposición adicional primera EBEP, nos dice que: “Los principios contenidos en los artículos 53, 53, 54, 55 y 59 serán de aplicación en las entidades del sector público estatal, autonómico y local, que no estén incluidas en el artículo 2 del presente Estatuto y que estén definidas así en su normativa específica”. Por tanto, si bien es cierto que los trabajadores de una sociedad pública no son empleados públicos, también lo es que, en la medida en que dicha sociedad, de acuerdo con el criterio de participación mayoritaria o de influencia dominante, pertenezca al sector público, le resultaran de aplicación los principios de igualdad, mérito y capacidad contenidos en el artículo 55 EBEP, que pautaran el acceso a sus relaciones de empleo.

transferencia de la relación objeto de la misma pero no la transformación de la relación para convertirla en otra de naturaleza distinta⁶⁸⁸. Ello quiere decir que la transformación de una relación indefinida y fija en una relación indefinida no fija induce a un cambio en la naturaleza jurídica de la relación que objetivamente afecta al mantenimiento del vínculo contractual anterior, lo que conlleva un incumplimiento del mandato establecido en el artículo 44 ET, que no es otra cosa que un desarrollo del artículo 1.1 de la Directiva 2001/23/CE. Como ya hemos visto, tal Directiva resulta de aplicación a las Administraciones públicas y exige el respeto de las relaciones laborales existentes en el momento del traspaso y el mantenimiento de las correspondientes condiciones de trabajo, de manera que en el conflicto planteado entre una ley nacional que establece el sistema de mérito como procedimiento de acceso al empleo y una Directiva comunitaria que propugna la conservación de los contratos de trabajo preexistentes en su propia naturaleza, ha de prevalecer esta, dado que el derecho comunitario prima sobre el derecho interno, incluso sobre la propia Constitución⁶⁸⁹.

d) No existe una figura de la contratación “indefinida no fija” como modalidad propia a la que pueda recurrir la Administración pública según su conveniencia. La figura del trabajador “indefinido no fijo” es de estricta creación y aplicación jurisprudencial, sin que quepa la concertación inicial, ni la transformación automática en la citada categoría por mera voluntad de la entidad contratante, ni su posible reconocimiento en base a una decisión administrativa tomada a petición de parte o en vía de recurso, sin contar con una resolución judicial al respecto⁶⁹⁰.

Con todo, la posible polémica relacionada con la utilización de la figura del indefinido no fijo para resolver los problemas de la subrogación de personal procedente de una sucesión empresarial derivada de la decisión de una Administración de prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo prestado por un operador económico debería cesar a la luz de la disposición adicional trigésima tercera. Dos de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, donde expresamente se señala que los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones públicas no podrán

⁶⁸⁸ Tal como se dice en la STS de 25 de septiembre de 2012, ROJ: STS 6655/2012.

⁶⁸⁹ El argumento suficientemente respaldado por citas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en, SALA FRANCO, Tomás. “El acceso al empleo público laboral”. ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 30-31.

⁶⁹⁰ La STSJ de Islas Canarias, Tenerife, de 4 de febrero de 2014, ROJ: STSJ ICAN 468/2014, advierte que las Administraciones públicas no pueden proceder a reconocer al personal laboral el carácter de indefinido al margen de un proceso judicial.

atribuir la condición de indefinido no fijo a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial⁶⁹¹.

Es por eso que adquiere valor la solución surgida en base a una jurisprudencia originada en torno a los problemas suscitados por la transformación del régimen jurídico del sujeto que actúa como empleador, principalmente sujetos del sector público con personalidad jurídica privada que se convierten en sujetos de naturaleza pública en sentido estricto, solución que se articula en torno a la figura del llamado “personal subrogado”⁶⁹².

Dicha opción se fundamenta y estructura en base a las premisas siguientes:

a) El necesario respeto al ejercicio de una potestad de organización que se detenta por las Administraciones territoriales para reordenar las formas de gestión y los modos utilizados en la gestión directa, cuando así lo aconsejan o demandan las circunstancias cambiantes de su actividad para una mejor organización de las estructuras necesarias para el ejercicio de derechos o el cumplimiento de deberes de los individuos en sociedad o de los servicios públicos establecidos con ese fin, ya que sostener lo contrario equivaldría a petrificar la organización de las estructuras existentes condenándolas a una inamovilidad que las alejaría de la realidad social e impediría su perfeccionamiento⁶⁹³.

b) El simple recordatorio de que la subrogación del nuevo empleador en la situación jurídica que ostentaba el anterior en los correspondientes contratos de trabajo no es una innovación normativa, sino simple aplicación de la regulación de la sucesión de empresas contenida en la normativa laboral general, más concretamente en el artículo 44 ET, que resulta ser una transposición de la Directiva 2001/23/CE, una regulación claramente dirigida a favorecer la

⁶⁹¹ Salvo que se quiere entender que dicha disposición se ha de limitar única y exclusivamente a los supuestos de contratación administrativa irregular de servicios o, en su caso, a la cesión ilegal de trabajadores, resultando inaplicable a los procesos de reversión, tal como se hace en ALFONSO MELLADO, Carlos. “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”. En FEIJÓO REY, María José; PIMENTEL SILES, Manuel (Editores). *El interés general y la excelencia en los servicios públicos*. Córdoba: Editorial Almuzara, 2017, p. 134, con lo que, en todo caso, quedarían subsistentes los argumentos expuestos más arriba.

⁶⁹² Tomamos el concepto de DE SOTO RIOJA, Sebastián. “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”. CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coordinador). *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 619.

⁶⁹³ Conviene traer aquí aquella reflexión que nos anuncia que las mutaciones en la naturaleza jurídica del ente que actúa como empleador provienen de decisiones que se ajustan al derecho público, en cambio sus consecuencias sobre el personal forman parte de un híbrido en el que se aplican normas de derecho privado y de derecho público, tal como se dice en TISSANDIER, Hélène. “La mutation de la nature de l’employeur public: Quel avenir pour les agents /salaries ? TOUZEIL-DIVINA, Mathieu & SWEENEY, Morgan (Direction). *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit*. Le Mans: Editions L’Epitoge, 2012.

estabilidad laboral que no se considera alejada del designio de pleno empleo que incorpora el artículo 40.1 CE como principio rector de la política social.

c) La necesaria aclaración de que la integración del personal subrogado no es propiamente un acceso al empleo público al que solo se podrán incorporar si superan los correspondientes procesos selectivos fundamentados en el principio de igualdad y mérito, con lo que a través del proceso de subrogación no se produce la adquisición de la condición de empleado público.

d) La idea última de que la integración de este tipo de personal no ha de ser considerada gratuita, arbitraria o injustificadamente discriminatoria, porque se pretende cohonestar la nueva configuración de las formas gestoras con la estabilidad en el empleo de quienes ya la tenían como personal laboral en entidades sujetas al derecho privado, en el bien entendido de que dicho acceso no puede suponer ningún plus adicional al estatuto laboral que poseía el personal integrado y queda limitado y circunscrito al organismo que se configura como sucesor de la actividad o del servicio, sin que se permita su ingreso por vías excepcionales al empleo público de una determinada Administración pública territorial.

e) La integración mencionada no se considera contraria al derecho reconocido en el artículo 23.2 CE, en su vertiente de acceso a la función pública, pues no afecta a los que ya son funcionarios de carrera o personal laboral de la correspondiente Administración, y tampoco significa, por lo ya dicho, una desigualdad de trato que por carecer de justificación razonable merezca la calificación de discriminatoria respecto de los empleados de esas entidades que sean funcionarios interinos o personal laboral temporal⁶⁹⁴.

f) La sucesión así planteada no ha de implicar una actuación dirigida a sustraer a funcionarios o al personal laboral de una Administración o de sus entes públicos preexistentes puestos de trabajo determinados a cuya provisión habrían podido aspirar u otras posibilidades de carrera que a todos los efectos se consideran simples expectativas que no han sido objeto de la

⁶⁹⁴ Tal como se recuerda en la SAN de 13 de octubre de 2013, ROJ: SAN 4545/2013.

determinación debida con lo que no se produce ninguna lesión concreta y actual de su derecho a la promoción profesional sino, en todo caso, de expectativas eventuales y futuras⁶⁹⁵⁶⁹⁶.

⁶⁹⁵ La opción planteada se suscita en torno a la discusión jurídica inducida por la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía. Esta ley determinaba el régimen de integración del personal que se podía ver afectado por los procesos de reordenación de estructuras diseñados para el sector público de Andalucía. Aquí es preciso subrayar que se preveía la confluencia en las mismas entidades instrumentales de personal procedente de entidades públicas regidas por el derecho administrativo y de personal procedente de sociedades mercantiles de capital público. Con esta integración se conseguía el acceso directo al empleo de unas entidades instrumentales de naturaleza pública de personal contratado por sociedades privadas utilizando al efecto la técnica de sucesión de empresas, un personal del que se dudaba hubiera accedido a su primer puesto a través de un proceso selectivo fundamentado en el principio de igualdad y mérito. De hecho, la disposición adicional cuarta de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, decía lo siguiente: “El personal laboral procedente de las entidades instrumentales suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración, y tendrá la consideración de personal laboral de la agencia pública empresarial o de la agencia de régimen especial. El acceso, en su caso, de este personal a la condición de personal funcionario o laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía solo podrá efectuarse mediante la participación en las correspondientes pruebas selectivas de acceso libre convocadas en ejecución de las ofertas de empleo público”. Pues bien, estos procesos de integración se discutieron por diferentes asociaciones de funcionarios públicos que plantearon que los decretos y protocolos de integración aprobados por la Junta de Andalucía suponían un ejercicio ilegal de funciones públicas por personas que no habían accedido al empleo público por los sistemas establecidos, una vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a funciones públicas y una postergación del personal de carrera que habiendo accedido al empleo público en base a procedimientos fundamentados en el principio de igualdad y mérito veían disminuidos sus derechos a la carrera profesional y a la provisión de puestos por la entrada de personas terceras ajenas al empleo público, lo que se consideraba una perturbación ilegítima en el ejercicio del derecho al cargo con vulneración del derecho a ejercer funciones públicas en condiciones de igualdad. Esta línea argumental fue acogida en un primer momento por algunos pronunciamientos, de los que pueden ser una buena muestra la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011, y la STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012, en las cuales se recalca el carácter excepcional y singular de los sistemas de integración de personal en el empleo público que no sean de libre acceso, sistemas que además han de estar autorizados expresamente por una ley básica del Estado, con lo que la subrogación directa de personal de las extintas sociedades mercantiles que se planteaba por la ley autonómica, acababa suponiendo la integración en las plantillas públicas de personas concretas sin respetar los principios rectores de acceso al empleo público. La línea que hemos expuesto más arriba se puede reconstruir a través de una lectura atenta de las SSTS de 21 de enero de 2013, ROJ: STS 483/2013; de 25 de marzo de 2013, RJ/2013/3225; de 16 de septiembre de 2013, RJ/2013/7165; de 27 de enero de 2014, ROJ: STS 395/2014; de 26 de marzo de 2014, ROJ: STS 1145/2014; de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1502/2014; y de 17 de febrero de 2016, ROJ: STS 714/2016. A tener en cuenta la STC 236/2015, de 19 de noviembre, que acaba pasando de puntillas sobre este proceso con el argumento de que la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía, no se pronuncia sobre los procedimientos y los criterios concretos de integración, que han de ser precisados a través de protocolos, con la advertencia de que: “si en la configuración final del procedimiento de integración o en su aplicación se tomaran en consideración circunstancias incompatibles con los principios de mérito y capacidad o se produjeran acepciones o pretericiones *ad personam* o cualquier otra quiebra relevante que lleve a la preterición de un aspirante, tales irregularidades podrán ser denunciadas por quiebra se sienta afectado, llegado el caso recabando el amparo de este Tribunal”. Para un comentario más extenso de este pronunciamiento nos remitimos a VIÑUALES FERREIRO, Susana. “La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (a propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre)”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 181, 2016, p. 395-415; también, ORTIZ MALLOL, José. “La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre de 2015, sobre la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía. (y Damocles guardó la espada)”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Nº 93, 2015, p. 177-201.

⁶⁹⁶ Cuando el ente sucesor es una sociedad mercantil de capital público, las tesis expuestas se plantean con mucha más pulcritud, tal como se puede ver en la STSJ de las Islas Baleares de 8 de mayo de 2014, ROJ: STSJ BAL 502/2014, donde se dice que: 1) La disposición adicional primera EBEP, no ha de impedir la aplicación del artículo 44 ET, porque lo que se regula en esta disposición son los principios rectores de acceso al empleo público y la subrogación no presupone dicho acceso, al quedar limitada la contratación del personal subrogado al estricto ámbito de la entidad sucesora; b) la condición de este personal será la de “personal laboral propio de la empresa”, sin que pueda adquirir la condición de empleado público; c) la disposición adicional primera EBEP y su remisión

El planteamiento expuesto presupone un delicado y difícil equilibrio entre el necesario cumplimiento de las normas laborales y las directivas comunitarias que pautan la transmisión de unidades productivas y los principios de derecho público que regulan el acceso a la función pública en condiciones de igualdad y mérito⁶⁹⁷. En cierta manera lo que se está proponiendo como pauta de coordinación es la permanencia de una unidad institucional ubicada en un entorno de derecho privado propia del sucedido, y la transferencia de este complejo al ordenamiento jurídico del sucesor con la intención última de mantener la estabilidad en el empleo y de no desprenderse de complejos estructurales que puedan considerarse socialmente útiles e idóneos para la persecución de finalidades públicas. En cierta manera, el fenómeno de la sucesión aplicable al campo de las personas jurídicas, especialmente en el sector público, revela características típicas y peculiares, verificándose a través del mismo el ingreso de un núcleo productivo o de una unidad institucional en un ordenamiento jurídico diverso al que pertenecía. De ahí que el traspaso consiguiente de las estructuras organizativas y de los medios humanos y materiales del ente sucedido comporte incorporar y conservar, en cierto sentido, sectores del ordenamiento jurídico propios del ente o empresa anterior al del sucesor⁶⁹⁸.

Eso explica la subrogación del personal laboral manteniendo los vínculos contractuales preexistentes que deviene obligada por imperativo de la aplicación del artículo 44 ET y, sobre todo, por efecto directo de la Directiva comunitaria. Eso explica también que tal subrogación no presuponga una integración en el empleo público, integración que solo puede producirse a través de un proceso de selección en base a los principios de mérito y capacidad. De ahí que no resulte posible la atribución a dicho personal de la condición de empleado público, lo que en la práctica presupone la aparición de una segmentación específica de personal como puede ser la

al artículo 55 EBEP, se ha de interpretar en el sentido de que las sociedades mercantiles de titularidad pública han de reclutar su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios constitucionales de igualdad y mérito, pero esto no ha de impedir que cuando estas sociedades pasen a prestar un servicio que venía siendo atendido por una entidad privada y se subroguen en su personal, queden exoneradas de las obligaciones que impone el artículo 44 ET; 4) en consecuencia, la subrogación se produce con los mismos derechos que ostentaban en la anterior empresa y, por tanto, con la condición de trabajadores “fijos de plantilla”, sin que pueda transformarse su contrato en otro sometido a la condición resolutoria de que el puesto de trabajo correspondiente sea cubierto por ulteriores procesos selectivos; de hecho, este pronunciamiento recalca que una posible integración como “indefinidos no fijos” supondría una novación contractual que no está prevista en ninguna norma de derecho público, y que no está justificada por el hecho de que las sociedades mercantiles de titularidad pública hayan de reclutar su personal mediante procesos selectivos que garanticen los principios de igualdad y mérito, porque la sociedad subrogada no procede a contratar personal sino a subrogarse en la posición del anterior empresario por mandato expreso del artículo 44 ET.

⁶⁹⁷ De ahí que resulte perfectamente comprensible la demanda de regulación expresa de los supuestos de externalización e internalización de servicios públicos en los aspectos relacionados con el personal que se plantean como un problema de política legislativa en CASTILLO BLANCO, Federico. Remunicipalización de servicios locales, *ob.cit.*, p. 94-95.

⁶⁹⁸ Véase al respecto la reflexión de VIGNOCCHI, Gustavo. *La successione tra enti pubblici*. Milán: Giuffrè Editor, 1956, p. 31-50.

de personal subrogado o personal procedente de una obligada subrogación por aplicación del artículo 44 ET, un personal que deviene el fruto de una operación que, recordémoslo, no puede ser calificada de ilegal, gratuita o discriminatoria a partir de los datos existentes.

En cualquier caso este tipo de planteamientos parecen haber trascendido el ámbito estrictamente doctrinal para pasar al legal. De hecho, la disposición adicional vigésima sexta de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, incorpora alguno de los elementos esenciales del tipo descrito al señalar expresamente dos tipos particulares de situaciones: 1) la de los trabajadores de los contratistas de concesiones de obras o de servicios o de cualquier otro contrato adjudicado por las Administraciones públicas previstas en el artículo 2.3 LRJSP, cuando los contratos se extingan por su cumplimiento, por resolución, incluido el rescate, o si se adopta el secuestro o intervención del servicio conforme a la legislación de contratos del sector público que resultase aplicable a los mismos; 2) el personal laboral que preste servicios en sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público, consorcios, en personas jurídicas societarias o fundacionales que vayan a integrarse en una Administración pública; personal al que le serán de aplicación las previsiones sobre sucesión de empresas contenidas en la normativa laboral, con una severa limitación: no podrán considerarse como empleados públicos, ni podrán incorporarse en dicha condición a una Administración pública o a una entidad de derecho público⁶⁹⁹.

A estas alturas de nuestra reflexión convendrá que nos preguntemos sobre la relación que pueden tener los procesos de subrogación del personal laboral en el sector público con el derecho de los funcionarios a la negociación de sus condiciones de trabajo cuando pueda darse por una aplicación legal de los preceptos que regulan la sucesión de empresas contenidas en las normas laborales⁷⁰⁰.

Pero lo cierto es que la vulneración del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se ha invocado por determinadas organizaciones sindicales para intentar acotar o limitar los efectos de aquellas normas o decisiones administrativas que pretendían una

⁶⁹⁹ Tal como se dice CASTILLO BLANCO, Federico. *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: Diputación de Barcelona. CEMICAL, 2017, p. 116-117, la norma en cuestión prohíbe la incorporación como empleados públicos de los trabajadores procedentes de los servicios externalizados, pero aplica a este personal las previsiones sobre sucesión de empresas que contiene la normativa laboral, sin excepción alguna.

⁷⁰⁰ La STSJ del País Vasco de 17 de febrero de 2010, JUR/2010/146359, nos dirá que determinados procesos de reestructuración de servicios que conciernen al personal laboral, no trasladan el ámbito y las circunstancias del personal afectado a la negociación colectiva de los funcionarios.

integración de personal laboral procedente de un proceso de internalización de servicios en una Administración pública de las previstas en el artículo 2 EBEP 2015.

El fundamento último de esta invocación se ha de situar en el argumento por el cual se sostiene que la integración directa de personal procedente de entidades de derecho privado puede llegar a implicar una vulneración del principio de mérito y capacidad en el acceso a las funciones públicas consagrado en el artículo 23.2 y 103.3 CE, desde las diferentes perspectivas siguientes:

a) Los procesos de integración derivados de una sucesión de empresas se entienden como un ingreso al empleo público sin la obligada participación en pruebas selectivas de carácter abierto y libre, convocadas al efecto en ejecución de las pertinentes ofertas de empleo público, con una evidente repercusión sobre el personal de los correspondientes organismos que de esta manera ve lesionado su derecho de acceso en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

b) Dichos procesos de integración producen una clara afectación sobre la situación de los funcionarios y el personal laboral de los organismos públicos que ostenta la facultad de mantenerse en su cargo sin perturbaciones ilegítimas y sin merma de derechos profesionales por la entrada de terceros ajenos a la función pública.

c) La sucesión de este personal laboral incide directamente sobre el espacio de la función pública, y sobre los funcionarios en particular, que de esta manera ven disminuidos los posibles puestos a ocupar y sus oportunidades de promoción y carrera.

d) La mencionada incorporación supone una desigualdad de trato, carente de justificación razonable, que puede merecer la calificación de discriminatoria respecto de los funcionarios interinos o del personal laboral temporal de un determinado organismo público.

e) A estos efectos se recuerda que la subrogación del personal laboral resulta ser por sí misma una vía de acceso privilegiada y que los sistemas y los criterios generales de acceso han de ser objeto de negociación de conformidad con la previsión establecida en el artículo 37.1.c) EBEP 2015.

Una línea argumental que como ya hemos tenido la ocasión de apuntar tiene una contundente respuesta en una serie de contraargumentos que serán validados por nuestra doctrina judicial, y que se pueden presentar de la manera siguiente:

a) La integración del personal laboral subrogado se considera una materialización de las consecuencias de una coherente aplicación de la normativa general laboral que rige la sucesión

de empresas, a la que no pueden oponerse los funcionarios calificándola de discriminatoria, arbitraria o gratuita.

b) Dichas medidas tienen como fundamento y justificación una decisión eminentemente organizativa de carácter general y objetivo, claramente orientado a la salvaguarda de la continuidad en la prestación del servicio público.

c) Tales medidas no afrontan directamente una regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, ni suponen una afectación de esas condiciones de trabajo que a todos los efectos se consideran como aquellas circunstancias que repercuten en la forma en la que se desempeña el trabajo en un puesto determinado.

d) La integración del personal laboral sucedido no presupone un acceso al empleo público, ni una ilegítima adquisición de la condición de empleado público, por lo que a priori difícilmente puede suponer una lesión concreta y actual del derecho de acceso de unas personas que ya han accedido y forman parte del propio empleo público, bien como funcionarios, bien como personal laboral.

e) La subrogación del personal laboral no produce una merma de la promoción profesional de los funcionarios públicos ni implica una actuación dirigida a sustraer a los funcionarios o al personal laboral de otros entes públicos puestos de trabajo a cuya provisión, de otro modo, hubieran podido aspirar⁷⁰¹.

En otro orden de consideraciones, los razonamientos que expuestos hasta el momento han de completarse ahora con una lectura atenta del artículo 44.6 ET, donde se prevé que el cedente y el cesionario deberán informar a los representantes legales de sus trabajadores respectivos afectados por el cambio de titularidad de una unidad productiva, de los siguientes extremos: 1)

⁷⁰¹ Al efecto resultan de interés la STSJ de Andalucía, Sevilla de 2 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ AND 9371/2011, las SSTSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012; de Andalucía, Granada, de 19 de noviembre de 2012, JUR/2013/95235, y de Andalucía, Granada, de 10 de diciembre de 2012, JUR/2013/95, también la STSJ Andalucía, Málaga, de 27 de febrero de 2012, ROJ: STSJ AND 5019/2012, y la STSJ de Madrid de 19 de julio, de 2013, ROJ: STSJ M 11837/2013. En esta dirección, hay que citar aquí la SSTS de 21 de enero de 2013, ROJ: STS 483/2013; de 18 de marzo de 2013, RJ/2013/3220; de 25 de marzo de 2013, RJ/2013/3225; de 16 de septiembre de 2013, RJ/2013/7165; de 27 de enero de 2014, ROJ: STS 395/2014; de 26 de marzo de 2014, ROJ: STS 1145/2014; y de 9 de abril de 2014, ROJ: 1502/2014. A estos razonamientos, cuando la subrogación de personal entre entidades de derecho privado y entidades de derecho público es consecuencia de una ley específica de la correspondiente comunidad autónoma, se añade también el argumento de que el ejercicio válido de la potestad legislativa no está sometido a ninguna exigencia de negociación colectiva previa, subrayando la primacía de la ley sobre la negociación colectiva expresamente proclamada en el artículo 33.1 EBEP, tal como se hace en la STS de 17 de febrero de 2016, ROJ: STS 14/2016; cuestión distinta es que el alcance de la subrogación prevista por las normas laborales generales puedan acotarse por una ley autonómica, lo que parece admitirse en la STS de 23 de septiembre de 2014, ROJ: STS 4888/2014.

fecha prevista de la transmisión; 2) motivos de la transmisión; 3) consecuencias jurídicas, económicas y sociales, para los trabajadores, de la transmisión; y 4) medidas previstas respecto de los trabajadores.

Además, el mismo artículo 44.9 ET, señala que el cedente o el cesionario que previere adoptar, con motivo de la transmisión, medidas laborales en relación con sus trabajadores vendrá obligado a iniciar un período de consultas en el que se deberá negociar con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores con vistas a la consecución de un acuerdo.

La lectura de los textos transcritos plantea inmediatamente dos órdenes de cuestiones:

a) La primera es si la referencia hecha por las normas laborales a los representantes de los trabajadores se ha de extender también a los de los funcionarios cuando la transmisión se hace a unidades institucionales en las que el personal laboral subrogado habrá de coexistir con personal funcionario.

b) La segunda es si la información y las consultas, que en la práctica presuponen verdaderas negociaciones con la voluntad de llegar a acuerdos, se refieren solo a las condiciones y medidas previstas derivadas de la sucesión que puedan tener impacto sobre las condiciones de trabajo de los empleados públicos o tienen un alcance más general, constituyéndose en todo caso como verdaderas cargas de información que se han de predicar de los respectivos órganos de representación de los funcionarios y obligaciones de negociación que se han de instrumentar a través de las correspondientes mesas negociadoras.

Como obligado punto de partida debemos referirnos a la Directiva 2001/23/CE, que resulta de aplicación a empresas tanto públicas como privadas que ejerzan una actividad económica, con o sin ánimo de lucro, con la única excepción de la reorganización administrativa de autoridades públicas o del traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas, entendiéndose por funciones administrativas las que se correspondan con el ejercicio de prerrogativas del poder público. Ello quiere decir que la Directiva en sí resulta de aplicación a las transmisiones entre personas jurídicas de derecho privado y de derecho público cuya actividad consista materialmente en la prestación de servicios públicos⁷⁰². Por tanto, los organismos y entes

⁷⁰² La STJUE de 6 de septiembre de 2011, C-108/10, señalara que el concepto de “actividad económica” que figura en el artículo 1.c) de la Directiva 2001/23/CE comprende cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado, añadiendo que se excluyen por principio de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público, pero que en cambio se han de calificar como tales los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, incluyendo los que se

públicos pueden adoptar en estas operaciones de transmisión tanto la posición de cedente como de cesionario.

Cuestión distinta resulta ser si las personas que se pueden considerar protegidas por la Directiva. Al respecto, el artículo 2.1 de dicha Directiva nos dice que se considerara “trabajador”: “cualquier persona que esté protegida como tal en la legislación laboral del Estado miembro de que trate”. Un concepto que no queda desvirtuado por el hecho de que dichos efectivos formen parte de la Administración pública y puedan ser considerados empleados públicos, siempre y cuando sean considerados trabajadores en virtud del Derecho nacional⁷⁰³. Sin embargo, el concepto de trabajador parece limitarse precisamente a eso: a las personas protegidas como trabajadores en la legislación nacional en materia de Derecho del trabajo. Lo que, obviamente, quiere decir que la Directiva no resultará de aplicación a las personas que no estén definidas como trabajadores, con arreglo a la legislación nacional en materia de Derecho del trabajo, de lo que puede deducirse que la Directiva no protege a los empleados de los organismos que estén sujetos a un régimen de Derecho Público y no al Derecho del Trabajo⁷⁰⁴.

Un planteamiento que no deja de ser paradójico dada la conocida tendencia de la jurisprudencia comunitaria a extender las garantías reconocidas a los trabajadores a los empleados públicos⁷⁰⁵. Una interpretación que resulta más incomprensible si se tiene en cuenta que las previsiones de la Directiva no se aplican única y exclusivamente a los trabajadores cedidos sino que también tienen como objeto los particulares efectos que la mencionada transmisión pudiera tener sobre la situación del personal del cedente que no fuera objeto de la misma o del cesionario que pudiera resultar afectado por dicha operación. En esa dirección, hay que tener en cuenta que el artículo 7 de la Directiva establece una serie de derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores de la empresa cedente y cesionaria cuyo contenido se refiere a la operación empresarial de la transmisión y a las consecuencias laborales de la misma sobre las condiciones de trabajo y de empleo de las respectivas plantillas. Dichos derechos han de

atribuyen en ciertos casos a operadores económicos privados mediante contratación. En la misma dirección, la STJUE de 20 de julio de 2017, C-416/16, donde se señala que: “Se excluyen por principio de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público mientras que los servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que actúan con ese ánimo, pueden ser calificados de actividades económicas”

⁷⁰³ Como se advierte en la STJUE de 6 de septiembre de 2011, C-108/10.

⁷⁰⁴ Tal como se dice en la STJUE de 14 de septiembre de 2000, C-343/98.

⁷⁰⁵ Un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea en este sentido en ORDÓÑEZ SOLÍS, David. “Incidència de la normativa i la jurisprudència comunitària i de la protecció de dades en les relacions laborals de les Administracions públiques”. *Seminari d'actualització de la Funció Pública Local*. Barcelona: FMC, 2013, p. 2.

entenderse, como no puede ser de otra manera, partiendo de la regla general de que la transmisión de empresas nunca puede por sí misma justificar la modificación de las condiciones contractuales y convencionales de las que disfrutaban los trabajadores cedidos. De ahí que su verdadero alcance se haya de referir a las posibles modificaciones que con motivo de la transmisión se pudieran ocasionar en los trabajadores del cedente o del cesionario, distintos del colectivo mencionado, es decir, a aquellos que perteneciendo al cedente y como consecuencia del traspaso de una parte de la empresa pueden por ese motivo ver alteradas sus condiciones de trabajo al dejar de realizarse la parte de la actividad cedida, o a aquellos que perteneciendo al cesionario y como consecuencia de dicho traspaso también pueden ver modificadas sus condiciones laborales debido a la asunción de una nueva actividad empresarial y a la incorporación del personal cedido⁷⁰⁶.

De esta forma, importantes grupos de empleados públicos quedan privados de la seguridad y la transparencia jurídicas que la Directiva comunitaria ofrece a los traspasos entre unidades institucionales que tienen la condición de empresarios. Un resultado que difícilmente resulta conciliable tanto con el texto del artículo 2 de la Directiva comunitaria, según el cual puede ser cedente o cesionario cualquier persona física o jurídica que tenga la calidad de empresario, como con la necesidad de interpretar las excepciones a su aplicación de una forma estricta, habida cuenta del objetivo de protección social que persigue dicha Directiva⁷⁰⁷.

3.2.5. Transformación de entes y negociación

Si nos referimos ahora a los procesos de transformación de los modos públicos de gestión para adoptar la naturaleza jurídica de determinadas entidades regidas por el derecho privado que son

⁷⁰⁶ Tal como se dice en la SAN de 14 de julio de 2014, ROJ: SAN 3210/2014. Sobre el contenido de los derechos de información y consulta en la transmisión de empresa y el debate subyacente en esta cuestión nos remitimos al trabajo de TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los casos de cambio de titularidad empresarial”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 152, 2011, p. 1003-1023.

⁷⁰⁷ Cuestión distinta es que pueda mantenerse la vigencia del derecho de información sobre esta materia en base al artículo 40.1.a) EBEP, que en el listado de las funciones de los órganos de representación de los funcionarios públicos incluye la de: “Recibir información, sobre a política de personal, así como sobre los datos referentes a la evolución de las retribuciones, evolución probable del empleo en el ámbito correspondiente y programas de mejora del rendimiento”. Al respecto, no estará de más traer aquí, la STSJ de Andalucía, Granada, de 13 de enero de 2016, ROJ: STSJ AND 590/2016, que conoce de un proceso de subrogación de personal procedente de una serie de sociedades municipales extinguidas sin conocimiento previo de los órganos de representación del personal del respectivo Ayuntamiento, decisión en la que se acaba concluyendo que en función del número de personas concernidas, no se trata propiamente de un proceso de reestructuración de plantillas que haya de ser previamente informado sino de una simple movilidad interna que no necesita otra actuación que la simple adscripción, lo que en sentido contrario quiere decir que un operación de subrogación de carácter colectivo comportaría el correspondiente informe de los órganos unitarios del personal funcionario.

los que de una forma natural pueden afectar a las condiciones de trabajo de los empleados públicos, conviene advertir de que dichos procesos se producen dentro siempre de las formas ordinarias de gestión directa, lo que hace difícil referirse a los mismos como verdaderos procesos de externalización⁷⁰⁸.

De hecho, el artículo 87.4 LRJSP, los describe sumariamente para el sector público estatal como la transformación de un organismo autónomo o entidad pública empresarial en una entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o en una fundación del sector público, advirtiendo de que la misma requerirá de un análisis de la situación en la que quedará el personal, indicando si en su caso parte del mismo se integrará en la Administración o bien en la entidad pública empresarial, sociedad mercantil estatal o fundación que resulte de la transformación, señalando también que la aprobación de la norma de transformación requerirá la adaptación de la organización de los medios personales que pudiera resultar necesaria por el cambio de naturaleza jurídica.

Una adaptación que no se presenta fácil si tenemos en cuenta que a tenor del artículo 105 LRJSP las entidades públicas empresariales por definición pueden ejercer unas potestades administrativas cuya atribución forma parte de la propia tipología de este tipo de entes públicos, unas potestades cuyo ejercicio, de acuerdo con el artículo 113 LRJSP, puede atribuirse ahora también excepcionalmente a las sociedades mercantiles de capital público, con el consiguiente desempeño de facultades que impliquen uso de las prerrogativas propias de la autoridad pública, lo que en principio habría de suponer el encargo de las mismas a funcionarios a tenor de las atribuciones que tienen reservadas por el artículo 9.2 EBEP, asignación que puede conseguirse a través de una diversidad de fórmulas jurídicas de integración o colaboración⁷⁰⁹.

⁷⁰⁸ Un planteamiento que tiene una indudable importancia en aquellos supuestos en los que pueda existir un acuerdo colectivo que prohíba o condicione la externalización de servicios públicos, tal como se puede ver en la STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ PV 4452/2012, donde se señala acertadamente que la gestión de un servicio a través de una entidad pública empresarial no presupone su externalización por lo que no se ha vulnerado el precepto de una norma colectiva que literalmente decía lo siguiente: “La Diputación Foral de Bizkaia y sus Organismos Autónomos no externalizarán los servicios públicos que actualmente gestionan de forma directa, salvo que resulte totalmente necesario por circunstancias excepcionales o imprevisibles, bien porque la complejidad técnica de la actividad impida a las instituciones referenciadas mantener dicha gestión directa, o bien porque la gestión indirecta favorezca la integración laboral de colectivos de riesgo de exclusión social” .

⁷⁰⁹ El artículo 9.2 EBEP 2015, nos dirá que: “En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”. Por lo tanto, en palabras de la STC 236/2015, de 19 de noviembre, se atribuye a las leyes autonómicas de desarrollo de cada Administración pública la fijación de los “términos” en que se lleve a cabo ese ejercicio”, añadiendo al respecto que: “Esta habilitación para el desarrollo legislativo del precepto se puede entender que incluye tanto la precisión de las concretas funciones que debe corresponder exclusivamente al personal funcionario como la determinación de las

Aquí los instrumentos que pueden llegar a entrar en juego intervienen en tres momentos diferentes: la creación o transformación de una entidad que acude a técnicas o fórmulas de actuación en régimen de derecho privado, la atribución de potestades públicas a la misma y la previsión de su ejercicio por funcionarios de la correspondiente Administración territorial a través de la articulación de diferentes técnicas como pueden ser la integración, la adscripción o el encargo de funciones. Por tanto, lo que se discute en sí es si una opción organizativa que se presenta como legítima, puede arrastrar una integración, adscripción o encargo de tareas a funcionarios públicos, lo que lógicamente va implicar o una movilización voluntaria o forzosa de los mismos o una serie de modificaciones en su dependencia funcional a efectos de la determinación y el cumplimiento de sus tareas, aunque materialmente las funciones a desempeñar vendrían a corresponderse con las que se venían realizando hasta el momento, no se modificaría la dependencia orgánica de la Administración matriz y se seguirían manteniendo las mismas condiciones de trabajo.

En todo caso, puede afirmarse que un particular régimen de adscripción funcional o traslado de funcionarios a un ente que ajusta su actividad al derecho privado para asegurar la continuidad del servicio o garantizar el ejercicio de las potestades públicas encargadas al mismo resulta ser una modalidad de ejercicio de las funciones que estos tienen reservadas que no altera la reserva establecida en el artículo 9.2 EBEP 2015. Es decir, la reserva de funciones no exige que los funcionarios que deban realizarlas hayan de integrarse orgánicamente en la estructura de la propia entidad instrumental que las tenga atribuidas, con lo que se pueden llegar a admitir soluciones diseñadas en base a que el personal que se requiera para el desempeño de esas atribuciones dependa funcionalmente de una entidad aunque orgánicamente lo haga de la Administración pública a la que resulta adscrita o está vinculada dicha entidad. Lo contrario implicaría que solo a las entidades que cuenten con personal funcionario se les puede atribuir potestades administrativas y que el personal funcionario que desempeñe esas funciones deba depender orgánicamente de la entidad en la que realiza su actividad, una hipótesis por lo demás razonable pero que no resulta la única posible⁷¹⁰.

Aceptada esta idea, el problema se desplaza a los modos de adscripción o integración de personal funcionario en las estructuras de los correspondiente entes instrumentales de derecho privado, o si se quiere a la posibilidad de que el régimen jurídico de los funcionarios públicos

modalidades según las cuales los funcionarios pueden desarrollar las referidas funciones”, un aspecto este último de indudable importancia para el tema que nos ocupa.

⁷¹⁰ Como se advierte en la STC 236/2015, de 19 de noviembre.

incorpore condiciones de movilidad que les permitan atender las funciones de autoridad que han de ser ejercidas por estas personificaciones instrumentales. En la práctica, lo que se trata de aceptar es una disociación entre la dependencia orgánica y funcional del personal funcionario en el seno de un mismo sector público, de manera que el funcionario dependerá orgánicamente de la correspondiente Administración y funcionalmente del ente instrumental correspondiente, lo que implicará una posible movilidad de su puesto de trabajo⁷¹¹. Por lo tanto, lo que se puede acabar cuestionando es que una opción de reorganización de la Administración acabe derivando bajo esa aparente disociación en la imposición de un desdoblamiento de la relación y de una verdadera movilidad forzosa al funcionario que por una vía más o menos directa acaba siendo adscrito funcionalmente a una entidad instrumental de derecho privado⁷¹².

⁷¹¹ Una disociación que se acepta con absoluta normalidad en la STC 236/2015, de 19 de noviembre, cuando se dice que: “Llegados a este punto debemos afirmar que la disociación entre dependencia orgánica y dependencia funcional del personal funcionario no es extraña en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo: esa disociación se puede producir en el seno de la misma Administración pública, entre Administraciones públicas distintas (por ejemplo, la adscripción de unidades completas del cuerpo Nacional de Policía a las Comunidades Autónomas, art. 47 de la Ley Orgánica de fuerzas y cuerpos de seguridad: LOFCS) e incluso entre poderes jurídicos distintos (por ejemplo, la adscripción de policías a las unidades de policía judicial dependientes funcionalmente de jueces y fiscales, art. 10.3 y 33 a 35 LOFCS)”.

⁷¹² El desdoblamiento de la relación de función pública en relación orgánica y relación de servicio es un problema clásico de la calificación que une a un ente público con la persona o personas integradas en sus órganos, entendidos estos como centros de competencias delimitados por el ordenamiento jurídico que como noción abstracta puede referirse perfectamente a una parte o a un todo de un ente público. La relación orgánica es la que establece con el titular del órgano, es una relación por la que la persona se identifica con el órgano y se incrusta en su organización. La relación de servicio, en cambio, se establece con el titular del órgano pero en cuanto sujeto independiente con su propia personalidad, distinto del ente público y potencialmente enfrentado al mismo, frente al que ostenta derechos y deberes, consistentes, por ejemplo, en realizar las tareas o prestaciones que exige el desempeño de su cargo. La doctrina que se ha ocupado de la teoría del órgano advierte que esta distinción parece carecer de significado y contenido jurídico, advirtiendo que no se ha conseguido fijar los límites de la misma y las diferencias entre ambos tipos de relación, señalando que no se ha alcanzado a discernir de entre las situaciones jurídicas que unen a la persona física con el órgano de una Administración, cuáles de ellas corresponden a la relación orgánica y cuáles a la de servicios. Por tanto, se acaba concluyendo que en realidad, aunque la relación que une a la persona física con una Administración concreta es unitaria, su contenido se desglosa, como toda relación jurídica compleja, en una serie de situaciones jurídicas activas y pasivas: de una parte, se está obligado a realizar una serie de prestaciones personales a la Administración, a cambio de las cuales se acreditan una serie de derechos; de otra, alguna de las actividades que se realizan se imputan jurídicamente a la Administración y otras tienen un contenido de naturaleza técnica, pero ello no ocurre en virtud de ningún tipo especial de relación sino por la pura eficacia de una previsión normativa. La distinción, pues, entre relación orgánica y de servicios carece de contenido jurídico real: no tiene más valor que el de ser un puro artificio conceptual que sirve para explicar la disociación entre dos entes gestores de una misma relación de servicios, advirtiendo de que no hay como tal una separación entre relación orgánica y de servicio, entendidas como relaciones separadas, lo que hay es un puro reparto de potestades de gestión de una relación de servicio entre dos entes públicos o entre un ente de derecho público y una persona jurídica que ajusta su actividad al derecho privado. Seguimos en estas líneas la tesis de SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 40/41, 1984, p. 60-63. A tener en cuenta, la contradicción que supone para la doctrina que se comenta que en la teoría clásica la relación orgánica es la que sustenta derechos y obligaciones tales como el actuar por un determinado ente público y la propia relación jerárquica, tal como se puede ver en GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. “Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos”. *Revista de Administración Pública*. Nº13, 1954, p. 70. Por tanto, en el supuesto que se analiza sería la relación orgánica la que se dirigiría a un centro de competencias distinto de aquel que sería procedente, teniendo en cuenta que la de servicio es la que se mantendría incólume como relación estatutaria en un determinado ente público. Por tanto, si se quiere mantener esta tesis para explicar las formas de disociación de las relaciones de función pública, se podría decir que,

En todo caso no estará de más aclarar que el planteamiento en cuestión permite como mínimo dos soluciones distintas:

a) En la primera, el funcionario pasa a desempeñar un puesto de trabajo en el ente instrumental correspondiente aunque mantiene su vinculación con la Administración permaneciendo en servicio activo. Se produce, pues, una movilidad constitutiva de un supuesto extraordinario de provisión de puestos de trabajo que toma como referencia las previsiones establecidas en el artículo 81.2 EBEP⁷¹³.

b) En la segunda, no se da tal traslado, limitándose los cambios a un nuevo posicionamiento en la correspondiente relación de puestos de trabajo que permite redefinir sus funciones incorporando las tareas a desempeñar en favor del ente instrumental y agrupar todos los puestos de trabajo que se encuentran en esta situación en unidades administrativas diferenciadas. No hay pues aquí cambio de puesto de trabajo sino simple diversificación de su dependencia; por lo tanto, el régimen no es de integración sino de simple adscripción de tareas y de nueva dependencia funcional en la realización de las mismas⁷¹⁴.

A las hipótesis apuntadas habría que añadir una tercera que nada tiene que ver con la cobertura del ejercicio de potestades públicas por funcionarios, dándose de una forma natural cuando se produce la transformación de un organismo de derecho público en otro de derecho privado y se plantea el problema de la correcta utilización de los efectivos de personal existente. Aunque no faltan supuestos en los que se quiere imponer una integración de carácter obligatorio a través de una norma de tipo más o menos coercitivo, la práctica consiste en la publicación de una oferta de cambio del régimen jurídico de la relación de empleo o en la formulación de un proceso de reasignación de efectivos de carácter voluntario que persigue la transformación de dicho régimen jurídico, procediéndose a la correspondiente declaración de excedencia en la situación funcionarial y a la suscripción de un contrato laboral con el nuevo organismo en línea de continuidad.

mantiéndose la relación de servicio con un determinado ente público, la orgánica pertenece a otro ente de derecho público o de derecho privado dentro del sector público.

⁷¹³ El artículo 81.2 EBEP 2015, nos dice que: “Las Administraciones Públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintas a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de que sean titulares.”

⁷¹⁴ Una forma que se da por buena en la ya reiterada STC 236/2015, de 19 de noviembre, entendiéndose que: “En el marco de ese proceso de reorganización administrativa, la Administración puede alterar determinados aspectos de la relación estatutaria con arreglo a su potestad de organización de los servicios, sin que ello afecte a la inamovilidad de los funcionarios”

En la práctica dichos procesos que se tramitan como ofertas, convocatorias o protocolos de integración presuponen verdaderos procesos de reordenación de efectivos con inclusión de un cambio en el régimen jurídico de la relación que se produce sin la previa existencia de un instrumento de planificación. De ahí que nuestra jurisprudencia no haya dudado en definirlos como un supuesto especial de movilidad fundamentado en la provisión de puestos o destinos con cambio de régimen jurídico generador de una particular situación de excedencia que debería ser reconducido en la mayoría de los casos a la estructura propia de la situación de servicios en otras Administraciones públicas que se establece en el artículo 88 EBEP 2015 y que tiene un tratamiento propio y singular en el artículo 65 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, intitulado servicios bajo otro régimen jurídico⁷¹⁵.

En todo caso, los procesos generales de integración orgánica, adscripción funcional u oferta de cambio de la relación de empleo que se describen en las normas o en las memorias que pautan la transformación de la naturaleza última de determinados entes públicos en personas jurídicas privadas es que la adaptación del personal funcionario a través de los correspondientes procedimientos de cambio de relación, adscripción funcional o traslado, se han de regir por una serie de reglas generales y abstractas destinadas a determinar el proceso complejo de subsunción de los servicios del personal funcionario en las nuevas estructuras surgidas de la creación o transformación de la reorganización pública.

En esta dirección, la STC 236/2015, de 19 de noviembre, subraya que las normas o criterios que regulan la integración o adscripción de funcionarios en organismos públicos o entidades privadas distintos de los de su destino, tienen sobre dichos funcionarios un impacto similar a las normas que regulan la promoción interna, e incluso a las que regulan el cese, si por ejemplo las normas o criterios de adaptación impusieran a determinados funcionarios la integración forzosa. Por tanto, al parecer de nuestro Tribunal Constitucional, dichas normas o criterios de integración de funcionarios en organismos distintos a los de su naturaleza jurídica son susceptibles de afectar a la situación de igualdad de los funcionarios al servicio de la Administración, por lo que se declara al efecto que: “el ámbito de protección del art. 23.2 CE

⁷¹⁵ La definición de la prestación de servicios bajo otro régimen jurídico como una forma de movilidad funcional basada en un supuesto especial de provisión generador de una situación de excedencia se puede encontrar en la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de marzo de 2016, ROJ: STSJ CL 935/2016.

también debe proyectarse sobre los procesos de integración de funcionarios en organismos públicos o entidades privadas distintos de los de su destino”⁷¹⁶.

La consecuencia es que las leyes, y nosotros añadimos las reglas, que regulan la integración de funcionarios en organismos de derecho público o privado distintos de los de su destino, deben ser generales, abstractas y, en principio, de alcance similar para todos los funcionarios, sin que puedan existir más diferencias al respecto que aquéllas que tengan una justificación objetiva y razonable.

Por todo ello nos tenemos que plantear si las reglas o los criterios que regulan la integración y adaptación de los medios personales de naturaleza pública a entidades, sociedades y fundaciones que ajustan su régimen jurídico al derecho privado han de ser o no objeto de negociación.

Tres supuestos son los que pueden contemplarse a este respecto:

- a) En el primero lo que se regula es la adscripción del personal funcionario y su integración voluntaria o forzosa a la nueva entidad en régimen laboral.
- b) En el segundo lo que se produce es un traslado o una adscripción del puesto de trabajo y de la persona que lo ocupa a la nueva estructura de puestos de la entidad que regula su personal en régimen de derecho privado.
- c) En el tercero, lo que hay es una agrupación de puestos en unidades diferenciadas que pasan a depender funcionalmente de la correspondiente entidad, lo que a efectos prácticos supone una integración funcional en su estructura. Hay también un desdoblamiento de la relación del propio funcionario que se sitúa ahora bajo la dirección funcional de los órganos directivos del correspondiente organismo, lo que supone su sujeción a las instrucciones y órdenes de servicio de sus órganos de directivos, dando lugar a una nueva posición que a todos los efectos se podría definir como adscripción funcional.

En la primera de la hipótesis planteadas lo que se acaba induciendo es una alteración voluntaria o forzosa de la naturaleza jurídica de la relación de servicio, que se concibe funcionarial en el punto de salida, y laboral en el de llegada, con el consiguiente pase a la situación prevista para

⁷¹⁶ Hay que tener en cuenta que sobre la opinión del Tribunal inciden las circunstancias del caso, donde la integración de determinados funcionarios a organismos de derecho privados se arbitraba a través de una doble operación consistente en su pase a la situación de excedencia forzosa y posterior contratación como personal laboral, circunstancia en la que no solo se afectaba al derecho de igualdad ante una operación de reestructuración o transformación sino que incidía también sobre el propio derecho al mantenimiento de la condición de funcionario.

prestar servicios en organismos o entidades del sector público en régimen distinto al de funcionario de carrera que se prevé en el artículo 85.2.b) EBEP 2015, y que el artículo 29.3.a) LMRFP denominaba excedencia voluntaria por prestación de servicios en el sector público⁷¹⁷.

Pues bien, la jurisprudencia de nuestros tribunales advierte de que el cambio de régimen jurídico de carácter forzoso o voluntario resulta en sí mismo suficientemente significativo de las alteraciones que pueden producirse en las correspondientes condiciones de trabajo y presupone, además, que dicha relación jurídica deja de regularse por el acuerdo colectivo de referencia para situarse en el ámbito subjetivo de otro instrumento convencional, lo que hace procedente y necesaria la negociación de las correspondientes normas, ofertas o convocatorias de integración⁷¹⁸.

La segunda de las soluciones planteadas parte de una reasignación de los puestos de trabajo y de las personas que los ocupan desde la entidad matriz a una persona jurídica instrumental. En buena lógica se están utilizando aquí los mecanismos previstos en el artículo 81.2 EBEP 2015, en el cual se prevé que las Administraciones públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades del servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los que sean titulares. Por lo tanto, lo que hay en estos casos es una adscripción de los puestos de trabajo y de los titulares de los mismos desde una Administración pública a una entidad de derecho

⁷¹⁷ Interesa destacar que el artículo 65 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, prevé una situación de servicios bajo otro régimen jurídico que puede acoger a quienes acepten la oferta de cambio de su relación de empleo que efectúen los servicios de salud al personal estatutario fijo, para prestar servicios en un centro cuya gestión sea asumida bien por una entidad creada o participada en un mínimo de la mitad de su capital por el propio servicio de salud o comunidad autónoma, bien por otras entidades surgidas al amparo de nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule. Dicha situación permite al personal incurso en la misma ostentar durante los tres primeros años un derecho a la reincorporación al servicio activo en la misma categoría y área de salud de origen o, si ello no fuera posible, en áreas limítrofes con aquella, lo que constituye una verdadera singularidad si se compara con la excedencia voluntaria para pasar a prestar servicios en organismos o entidades del sector público que no permite mantener una reserva de puesto de trabajo. Todo ello, sin perjuicio de que la legislación de la comunidad autónoma puede hacer más atractiva esta posición hasta el punto de confundirla o identificarla en sus aspectos más positivos con la situación de servicios especiales, lo que se discute en la STC 215/2013, de 19 de diciembre, optado por una interpretación de la norma autonómica que se considera compatible con la regulación establecida en la normativa básica estatal y que permite al personal estatutario fijo que acepte la oferta de cambio de régimen jurídico mantener su derecho al reingreso en cualquier momento en el Servicio Madrileño de Salud anterior a la fecha de cumplimiento de la edad de jubilación.

⁷¹⁸ La STSJ de Madrid 23 de marzo de 2012, ROJ: STSJ M 5051/2012, relata la necesaria concreción que deben tener este tipo de planteamientos en aspectos tales como pueden la selección y la provisión de plazas, el régimen retributivo, las consecuencias para los órganos de representación y participación, las estructuras profesionales y las condiciones de trabajo. La STSJ del País Vasco de 12 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ PV 4452/2012, enfrentada a una norma foral de adscripción en régimen laboral de personal funcionario a una entidad pública empresarial advierte que con el cambio del carácter del vínculo se modifica toda la regulación de las condiciones de trabajo, descontado el efecto que ello pueda tener para la estructura de puestos de la Administración de origen.

privado distinta a la de su destino. Un procedimiento relativamente neutro que de entrada garantiza una identidad en las condiciones de trabajo preexistentes, dado que en la práctica no se produce un cambio o modificación de puesto de trabajo, con la garantía última de que la mencionada adscripción no va a implicar un cambio en el lugar de residencia del funcionario, lo que implicaría la necesidad de redactar y aprobar un plan de ordenación de recursos humanos y de priorizar la voluntariedad en los traslados. En este punto, conviene advertir del deficiente manejo que los textos normativos hacen de las instituciones propias de la movilidad del personal funcionario. No es infrecuente que las normas que prevén la sucesión de estructuras y personas entre entes de un mismo sector público utilicen distintas denominaciones como pueden ser las de redistribución, reasignación, recolocación o readscripción⁷¹⁹. Hoy por hoy, las figuras propias de la movilidad funcional se reducen al traslado y a su variante, la adscripción de puestos de trabajo, si obviamos ahora la reasignación de efectivos que tiene como premisa previa la supresión del puesto de trabajo que ocupa el funcionario y su asignación a un nuevo puesto con las mismas o distintas condiciones de trabajo⁷²⁰. En todo caso, como se ha dicho, el traslado o la adscripción del puesto de trabajo presupone una conservación de las condiciones de trabajo preexistentes, con lo que en buena lógica no se produce en puridad una alteración de las mismas que pudiera justificar una negociación⁷²¹.

⁷¹⁹ Tal como se advierte en la STS de 28 de abril de 2008, ROJ: STS 2362/2008.

⁷²⁰ A destacar que después de la aprobación del EBEP la reasignación de efectivos es una institución propia del derecho de los funcionarios de la Administración Civil del Estado. El artículo 81.2 EBEP 2015 contempla explícitamente la institución del traslado y la adscripción de puestos de trabajo y de sus titulares, pero olvida regular el procedimiento de reasignación de efectivos. Es más, la disposición derogatoria única del EBEP 2015, elimina del ordenamiento jurídico el artículo 20.1.g) LMRFP en sus párrafos del primero al cuarto, precisamente los que regulan la reasignación de efectivos como base del régimen estatutario de los funcionarios públicos, cuestión distinta es que dado el particular sistema de entrada en vigor del EBEP, el capítulo III de su Título V, relativo a la provisión de puestos de trabajo y a la movilidad, comprensivo de los artículos 78 al 84, produce efectos a partir de la entrada en vigor de las correspondientes leyes de función pública que se pueden dictar en su desarrollo. Por tanto, en aquellas comunidades autónomas que no cuenten con una ley de función pública que desarrolle el EBEP los enunciados referidos a la movilidad de los funcionarios de carrera quedan diferidos a la espera de su aprobación. A partir de ahí, hay que estar a lo que dispone la disposición final cuarta 3 EBEP 2015, en la que se prevé que hasta que no se dicten las leyes de función pública y las correspondientes normas reglamentarias de desarrollo se mantienen en vigor en cada Administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto. Un razonamiento que llevaría a considerar vigente en dichas comunidades los preceptos del artículo 20.1.g) LMRFP que expresamente señalan: “Las Administraciones públicas podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades de servicio, a unidades, departamentos u organismos públicos distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo y provincia e isla de destino y modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares”, y los del artículo 20.1.g) LMRFP, donde se dice que: “Los funcionarios cuyo puesto sea objeto de supresión, como consecuencia de un Plan de Empleo, podrán ser destinados a otro puesto de trabajo por el procedimiento de reasignación de efectivos”. Nótese que en este supuesto concreto, lo que ha de ser objeto de negociación es el plan de empleo por imperativo del artículo 37.1.m) EBEP 2015.

⁷²¹ Tal como se dice en la STSJ de Andalucía, Granada de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012.

La tercera de las opciones propuestas se reconduce al campo de las llamadas adscripciones funcionales, lo que va a producirse es un cambio de centro directivo al que está adscrito el puesto de trabajo y una alteración de la relación jerárquica que se predica ahora de un órgano de dirección incrustado en un organismo de derecho privado. Pero en puridad no puede afirmarse que se produzca una modificación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que se mantienen inalterables a pesar del cambio de dependencia funcional. Es más, resulta difícil negar a la Administración su potestad para alterar sus estructuras modificando determinadas unidades administrativas, su organización o su modo de integración sin necesidad de negociación⁷²².

Por tanto, puede afirmarse que las diversas formas de reestructuración estudiadas que afectan a los funcionarios no han de ser objeto de negociación por no repercutir en sus condiciones de trabajo, salvo que de una forma directa o indirecta acaben induciendo una alteración de su régimen jurídico y su conversión en otro distinto de naturaleza laboral, lo que sin duda altera o puede llegar a alterar el sistema de derechos y deberes propios de la relación de empleo público lo que comportaría la obligación de negociar.

3.2.6. Relaciones interadministrativas y negociación

Si abordamos ahora el sistema de conexiones que pueda establecer entre las relaciones interadministrativas, el ejercicio de la potestad de organización y la negociación colectiva, advertiremos que a simple vista pueden deslindarse dos ámbitos distintos que deberían ser objeto de nuestro análisis: uno, las transferencias o cesiones convencionales de personal entre distintos entes territoriales, el otro, la colaboración interadministrativa que puede establecerse a través de fórmulas personificadas como pueden ser los consorcios y su impacto en materia de personal⁷²³.

⁷²² Tal como se advierte en la STSJ de Andalucía, Granada, de 29 de octubre de 2012, ROJ: STSJ AND 9369/2012. La STSJ de Andalucía, Granada, de 19 de noviembre de 2012, ROJ: STSJ AND 9462/2012, nos dirá que la normación de los distintos procesos de integración de personal funcionario en entes del sector público de Andalucía: “no afronta directamente la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por cuanto, a través de ella se regula la integración del diferente personal que pasara a prestar sus servicios en la Agencia de Conocimiento de la Junta de Andalucía como cuestión enmarcada en la reordenación institucional de la Administración, reuniendo pues un carácter general y eminentemente organizativo, al ser consecuencia precisamente de la creación del ente instrumental”.

⁷²³ Cuestión distinta y que se abordará en otro momento es la de las llamadas “emigraciones funcionariales” con el fin de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos que garantice la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos, es decir, la transferencia de efectivos en base a los sistemas de movilidad interadministrativa, procesos que se fundamentan en otras reglas de juego estructuradas en torno al establecimiento

Las transferencias de medios personales son una consecuencia directa del traspaso de competencias entre las distintas Administraciones públicas que ha de ser determinada por una Ley⁷²⁴. La cesión de una competencia presupone la atribución de la titularidad y el ejercicio de la misma a una entidad territorial distinta de aquella que la venía ejerciendo hasta el momento. Las competencias se atribuyen legalmente y no son, no pueden ser, una materia disponible por la Administración en base al ejercicio de su potestad de organización. Por tanto, a través de una decisión administrativa de carácter unilateral o convencional no se pueden transferir competencias que resultan indisponibles. Los llamados acuerdos o actos de transferencias que se puedan tomar a través de diferentes instrumentos colaborativos se han de limitar a hacer operativa la reordenación de funciones que haya podido decidir la Ley. En esa dirección pueden ser de utilidad los distintos pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el valor de los decretos de transferencias de las competencias del Estado a las comunidades autónomas. La STC 76/1983, de 5 de agosto, ya estableció que los decretos de traspasos no pueden delimitar competencias por no cumplir una función de atribución competencial, limitándose a traspasar medios e instrumentos para ejercer las competencias que distribuyen las normas superiores⁷²⁵. Sin querer alterar esta posición de principio, otros pronunciamientos han venido a matizar estos criterios, afirmando que los decretos de transferencias pueden ser un mecanismo útil para interpretar el contenido de la ley, y, por tanto, el alcance de la competencia discutida, tal como se dice en la STC 153/1989, de 5 de octubre, lo que permitiría dar un mayor alcance a los acuerdos sobre competencias. De ahí que resulte importante recordar la función interpretativa que puede llegarse a atribuir a las normas o los acuerdos de transferencias que quedan legitimados en base a su carácter pactado⁷²⁶.

Más allá de la legislación existente para la regulación de los procesos de transferencia entre el Estado y las comunidades autónomas no existe una norma jurídica que regule el procedimiento de traspaso y la fijación de los correspondientes medios personales y materiales que han de ser

de instrumentos de colaboración en materia de personal, la apertura de las relaciones de puestos de trabajo y la estructuración de los sistemas ordinarios de provisión.

⁷²⁴ Antes de avanzar en esta materia conviene advertir aquí que el nuevo artículo 25 LRBRL, suprimía las anteriores competencias municipales sobre atención primaria de la salud, prestación de servicios sociales y participación en la programación de la enseñanza y preveía al respecto una serie de procesos de transferencia forzosa de dichas competencias a las comunidades autónomas, un proceso que ha quedado frustrado por su manifiesta inconstitucionalidad en la STC 41/2016, de 3 de marzo.

⁷²⁵ La STS de 16 de julio de 2012, RJ/2012/8890, apunta que los Reales Decretos de traspasos no son en puridad verdaderos reglamentos sino simples acuerdos del Consejo de Ministros con forma del real Decreto pero que no innovan el ordenamiento jurídico sino que afectan a materia orgánica de la propia Administración, aduciendo que: “No estamos, por tanto, ante una disposición reglamentaria que sienta normas de carácter secundario en ejecución de previsiones legales que la precisan. El Real Decreto tiene carácter meramente organizativo”.

⁷²⁶ TORNOS MAS, Joaquín. “Los reales decretos de traspasos. Evolución y problemática actual”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. Nº 2, 1996, p. 108-110.

objeto del pertinente desplazamiento. Es por ello que nuestra jurisprudencia ha optado por utilizar las normas contenidas en la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, para resolver aquellos litigios que se puedan plantear relacionados con la transferencia de competencia entre los distintos niveles de Administraciones públicas, advirtiendo que resultan de aplicación por razones de analogía y en todo aquello que no quede regulado por una norma específica⁷²⁷.

Un planteamiento este que permite dotarse de una serie de instrumentos conceptuales para abordar los distintos procesos de reordenación de competencias que puedan producirse entre las comunidades autónomas y las entidades locales, directamente conectados con la existencia de determinados acuerdos singulares de traspasos de servicios como instrumentos de un indudable carácter organizativo que vienen a completar la reordenación de las estructuras administrativas necesarias para el traspaso de la titularidad o el ejercicio de una determinada competencia o función⁷²⁸.

Si nos centramos ahora en las decisiones que en la materia de personal conllevan los procesos de transferencias advertiremos que la primera cuestión a plantearse es que efectivos se han de transferir. A tenor del artículo 24.1 LPA la respuesta es los adscritos a los servicios transferidos. Por tanto parece haber un cierto automatismo entre servicios a transferir y funcionarios adscritos. Con todo este puede ser un planteamiento que resulte notoriamente insuficiente. A menudo resulta difícil concretar las funciones asumidas por un determinado puesto de trabajo y su relación directa con un servicio que ha de ser objeto de traspaso. Además es bien conocida la problemática que implica la marginación de los procesos de transferencias de órganos centrales en los cuales se apoyan los servicios transferidos y su posterior necesidad de reorganización para acomodarlos a las funciones que siguen perteneciendo a la estructura de origen. En todo caso, las reglas de determinación de efectivos a efectos de transferencia han de ser transparentes, lo que otorga un extraordinario valor a la formulación de determinadas elaboraciones jurisprudenciales que toman como punto de partida la noción de “utilización racional del funcionario existente”⁷²⁹. Una noción que se justifica por razones de eficacia y de

⁷²⁷ La STC 57/1990, de 29 de marzo, considera aplicable a una transferencia de funciones entre las Instituciones Comunes del País Vasco y el Territorio Histórico de Vizcaya, las normas propias de las transferencias llevadas a cabo desde la Administración del Estado a las de las Comunidades Autónomas. En el mismo sentido, STSJ de Cantabria de 28 de septiembre de 2009, RJCA/2010/16.

⁷²⁸ Tal como se advierte en las SSTS de 16 de julio de 2012, ROJ: STS 5778/2012, y en la de 28 de septiembre de 2012, ROJ: 6055/2012.

⁷²⁹ La formulación de esta idea se puede localizar en la STC 76/1986, de 5 de agosto. Una actualización de la misma como “mejor aprovechamiento de los recursos humanos” en la STC 8/2010, de 27 de abril, donde se advierte que dicho concepto presupone el carácter básico de aquellas normas que resulten necesarias para

aseguramiento de los servicios y de la cual se puede deducir que no hay, a efectos subjetivos, un derecho a ser o a no ser traspasado. El hecho habilitante del traspaso se produce de una forma automática al margen de la voluntad del funcionario por la concurrencia de dos circunstancias: que el funcionario afectado figure adscrito a los servicios transferidos y que resulte necesario para su funcionamiento⁷³⁰. Sin embargo, conviene advertir de que dicha vinculación se establece más en términos de relación funcional que de adscripción orgánica, lo que permite el traspaso de aquellos efectivos que aunque no están adscritos a los servicios objeto de transferencia desempeñan funciones que permiten mantener con los mismos algún tipo de relación, como puede ser la de apoyo a la gestión de la unidad cedida⁷³¹. En todo caso, el acuerdo de traspaso posee capacidad suficiente para producir el efecto jurídico de inclusión de una determinada plaza en la relación de medios personales que han de ser objeto de sucesión⁷³². Por lo tanto, las transferencias de personal se presentan como verdaderas decisiones que adopta la Administración en el ámbito de sus potestades de organización que se entienden siempre orientadas a garantizar la continuidad y la eficacia en la prestación de los servicios públicos, cuya traducción en esta materia será evitar en la mayor medida posible que el mecanismo de transferencias ocasione perturbaciones en el normal funcionamiento de los servicios que han de ser objeto de traspaso. En consecuencia, los funcionarios no tienen un derecho a ser traspasados o no que pueda afirmarse como un contenido del cargo y la inamovilidad en el ejercicio de la función. La decisión de traspaso es siempre una decisión organizativa justificada por necesidades del servicio que tiene como límites única y exclusivamente la arbitrariedad y el trato discriminatorio⁷³³.

La situación jurídica del funcionario transferido puede observarse desde dos prismas diferentes: desde la Administración de origen y desde la Administración de destino. La regulación de estas posiciones se remite en su configuración a las previsiones del artículo 88 EBEP 2015 y del artículo 24 LPA. Concretamente desde la perspectiva estricta de su régimen jurídico en la Administración de origen los funcionarios de carrera que, en virtud de procesos de transferencias obtengan destino en una Administración Pública distinta, serán declarados en la situación de servicio en otras Administraciones Públicas. En esta situación los funcionarios transferidos mantienen todos sus derechos en la Administración de origen como si se hallaren

garantizar su efectividad, dada la opción del legislador estatal por un modelo de burocracia inspirado en el principio de intercomunicación, tanto vertical como horizontal de la función pública.

⁷³⁰ STS de 28 de diciembre de 2012, ROJ: 6055/2012; y de 16 de mayo de 2013, ROJ: STS 2811/2013.

⁷³¹ STS de 8 de febrero de 2000, ROJ: STS 876/2000.

⁷³² STS de 15 de septiembre de 2005, ROJ: STS 5302/2005.

⁷³³ STS de 11 de marzo de 1992, RJ/1992/2143; y de 11 de mayo de 2006, ROJ: 3188/2006.

en la situación de servicio activo. Esta prolongación artificial de la situación de servicio activo significa que los funcionarios transferidos continuaran perteneciendo a sus cuerpos y escalas de origen y mantienen los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que pudieran corresponder a los funcionarios de dichos Cuerpos o Escalas que estén en servicio activo. De hecho, los funcionarios en esta situación particular tendrán derecho a participar en igualdad de condiciones con el resto de funcionarios en todas las convocatorias de provisión de puestos de trabajo y de promoción interna que realice su Administración de origen⁷³⁴. Conviene resaltar que de cara a la posible diversidad de modelos de carrera profesional que se puedan implantar en nuestras Administraciones derivados de la elección entre las distintas opciones establecidas en el artículo 16.3 EBEP 2015, el artículo 88.4 de esta norma básica advertirá explícitamente que los funcionarios que reingresen al servicio activo en la Administración de origen, procedentes de la situación de servicios en otras Administraciones Públicas, obtendrán el reconocimiento profesional de los progresos alcanzados en el sistema de carrera profesional y sus efectos sobre la correspondiente posición retributiva conforme al procedimiento previsto en los convenios de conferencia sectorial y demás instrumentos de colaboración que pudieran establecer medidas de movilidad interadministrativa. En defecto de tales convenios o instrumentos de colaboración, el reconocimiento se realizará por la Administración Pública en la que se produzca el reingreso sin que se establezcan criterios al efecto, aunque a nuestro parecer habrá de aplicarse aquí el principio de garantía de los derechos retributivos inherentes al sistema de carrera previsto en la disposición transitoria primera EBEP 2015.

Desde la perspectiva estricta de la Administración de destino, tal como dispone el artículo 88.2 EBEP 2015, los funcionarios transferidos se integran plenamente en la organización de la función pública de dichas Administraciones, hallándose en la situación de servicio activo en la función pública en la que se integran. Las mencionadas Administraciones al proceder a la integración de estos funcionarios como propios, habrán de respetar el grupo o subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que tuviesen reconocidos, advirtiéndose también que se reconoce la igualdad entre todos los funcionarios propios de las distintas Administraciones con independencia de su procedencia. Precisamente este precepto nos proporciona las claves interpretativas de la particular posición del funcionario transferido en la Administración de destino que se formulan en torno a los conceptos de respeto a los derechos adquiridos, integración en pie de igualdad en

⁷³⁴ La STSJ de Galicia de 3 de febrero de 1999, RJCA/1999/272.

la función pública propia de la Administración de destino y mantenimiento de la capacidad de organización de las estructuras burocráticas por parte de la misma.

Los derechos adquiridos por los funcionarios transferidos que se han de respetar por su Administración de integración, a tenor de lo dispuesto por el artículo 88.2 EBEP 2015, son estrictamente el grupo o subgrupo del cuerpo o escala de procedencia y los derechos económicos inherentes a la posición de carrera que estuvieran reconocidos. Por tanto, esta resulta ser una noción más estricta que la contenida en el artículo 24.1 LPA que se refería a: “los derechos de cualquier orden que les correspondan en el momento del traspaso”. En esta dirección, ha de especificarse que el respeto al grupo y subgrupo del funcionario transferido no implica el derecho a la conservación del encuadramiento en la estructura profesional de procedencia formulada en los términos de los cuerpos y escalas existentes en la Administración de origen, lo que sí parecía garantizar el artículo 25.4 LPA. Un planteamiento que parece lógico si se entiende que en la Administración de destino puede no existir un equivalente funcional de la posición profesional que permita la integración del funcionario objeto de traspaso, con lo que el mantenimiento de las estructuras profesionales existentes en la Administración de origen implicaría un serio condicionamiento de la potestad de organización de la Administración de destino⁷³⁵. De la misma manera tampoco puede implicar el respeto de la estructura de puestos propia de la Administración de origen o tener en cuenta las funciones o el estatus del puesto que se venía desempeñando con anterioridad a la transferencia de servicios⁷³⁶. Dicho de otra manera: LA Administración de destino no tiene ninguna obligación de mantener las estructuras profesionales o de ordenación de puestos existentes en la Administración de origen manteniendo intactas sus potestades de organización para proceder a la integración del personal transferido. El reverso lógico de esta afirmación es que cada Administración, en ejercicio de su potestad de organización, diseña sus propias estructuras burocráticas configurando los correspondientes cuerpos, escalas y subescalas, y adscribiendo a los mismos a los funcionarios que prestan servicios en unas estructuras que se consideran autónomas y diferenciadas. De igual manera, estas Administraciones detentan la capacidad suficiente para ordenar los diferentes puestos de trabajo a través de los instrumentos de gestión de personal que elaboran como propios, lo que le permite efectuar las pertinentes modificaciones en el contenido de los puestos

⁷³⁵ Tal como se advierte en las SSTS de 28 de abril de 2008, RJ/2008/5261; y de 9 de febrero de 2009, RJ/2009/1014.

⁷³⁶ STSJ de Cataluña de 18 de junio de 2001, RJCA/2001/1209, SSTSJ de Aragón de 23 de febrero de 2005, RJCA/2005/489; y de Aragón de 3 de mayo de 2007, RJCA/2007/103, STSJ de Andalucía, Granada, de 25 de julio de 2011, JUR/2011/37373, y STSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de enero de 2012, JUR/2012/72438.

de trabajo que pueden ser objeto de transferencia⁷³⁷. Tal como se dice en la STC 76/1983, de 5 de agosto, no siempre es fácil conciliar la potestad de organización con el respeto a los derechos de los funcionarios traspasados, pero las comunidades autónomas, en nuestro caso las Administraciones receptoras de dichos funcionarios, disponen de un amplio margen de actuación a la hora de concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio. Aún más, en la tensión entre los derechos de los funcionarios transferidos y la potestad de organización de la Administración de recepción se ha de dar preferencia a esta última por tratarse de una potestad conectada directamente con el principio de eficacia contenido en el artículo 103.1 CE⁷³⁸.

Un aspecto esencial en la cuestión que nos ocupa ha de ser el alcance de los derechos relativos a las condiciones de trabajo de los funcionarios traspasados que han de ser objeto de conservación. A tenor del artículo 88.2 EBEP 2015, dichos derechos se extienden exclusivamente a la categoría funcional formulada en términos de grupo y subgrupo de titulación, y a los derechos económicos inherentes a la posición en la carrera que se tuvieran acreditados, es decir, hoy por hoy, en la mayoría de los supuestos propios de nuestras Administraciones locales, al grado personal reconocido⁷³⁹. Sin embargo, estos derechos no se extienden a otros conceptos retributivos o a otras condiciones de trabajo, como pueden ser, por ejemplo, las retribuciones derivadas de un puesto, la jornada y el horario mantenido hasta el momento, el ejercicio de funciones en un determinado centro de trabajo o en una determinada localidad o el otorgamiento de una compatibilidad⁷⁴⁰. En todo caso, parece lógico que la pérdida de un puesto de trabajo desempeñado en la Administración de origen y la integración en otro propio de la Administración de destino pueda asimilarse a un cambio en la estructura de puestos de trabajo que dé lugar a la implantación de un nuevo sistema retributivo que en la práctica posea la capacidad suficiente para justificar la generación de un complemento personal transitorio y absorbible, un aspecto que a menudo es objeto de consideración en algunas normas estatutarias que regulan los procesos de transferencias y que contienen referencia a la llamada “garantía del nivel retributivo” del funcionario transferido⁷⁴¹. Con todo, se ha de insistir en que en el momento del traspaso lo que se ha de mantener son las correspondientes retribuciones

⁷³⁷ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 25 de mayo de 2010, RJCA/2010/606, y STSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de enero de 2012, JUR/2012/72438.

⁷³⁸ STS de 28 de abril de 2008, RJ/2008/5262.

⁷³⁹ La STS de 31 de julio de 1993, RJ/1993/5664, señalará que los derechos de los funcionarios que no pueden ser afectados por el hecho jurídico de la transferencia son el grupo del cuerpo o escala de procedencia y los derechos económicos inherentes al grado personal que tuvieran reconocido.

⁷⁴⁰ STS de 11 de junio de 2008, RJ/2008/3143.

⁷⁴¹ STS de 28 de abril de 2008, RJ/2008/5262.

básicas y el complemento que retribuya la progresión alcanzada por el funcionario dentro del sistema de carrera. Más allá de esta operación comienza otra propia de inserción del funcionario en las estructuras de personal de la Administración de destino que puede tener alguna matización.

Tal como se ha dicho, el artículo 88.2 EBEP 2015 reconoce la igualdad entre todos los funcionarios propios de una Administración con independencia de cual pudiera ser su procedencia. Es decir, el funcionario traspasado ha de tener los mismos derechos que se estuvieran reconociendo a los funcionarios propios de la Administración de destino que resultaran sus equivalentes funcionales a la vista de las correspondientes estructuras profesionales y puestos de trabajo. Sin embargo, el planteamiento expuesto se torna en naturalmente conflictivo cuando la garantía de igualdad entre funcionarios de una misma Administración implica una homologación al alza de las condiciones de los funcionarios provenientes de Administraciones distintas y una disminución de las expectativas de carrera de los funcionarios existentes en la Administración de origen. La transferencia de funcionarios puede provocar situaciones en las que va a resultar difícil un encaje de derechos en base al principio de igualdad de trato. Pero el planteamiento es claro al respecto: se garantiza el principio de igualdad entre todos los funcionarios que puedan ser considerados propios con independencia de su Administración de procedencia. Aquí hay que mencionar la STC 110/2004, de 30 de junio, que declara inconstitucional una norma de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares que permitía la existencia de diferencias retributivas entre el personal transferido y el propio de la Comunidad Autónoma, una inconstitucionalidad que deriva de la previsión de un período transitorio de equiparación progresiva de las retribuciones que pretendía extenderse durante cuatro ejercicios presupuestarios. Aunque se reconoce que la Administración dispone de una cierta discrecionalidad para configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio y que resulta razonable pensar que se disfruta de un margen de actuación especial cuando se trata de resolver una serie de situaciones particulares resultantes del mismo proceso de transferencias que pudieran precisar, por razones de transitoriedad o de especialidad, una adecuación o actualización de regímenes jurídicos y retributivos, se concluye que el principio de igualdad tiene una manifestación concreta sobre los procesos de reordenación administrativa, impidiendo la existencia de tratos desiguales como consecuencia del traspaso de servicios, de manera que los empleados públicos movilizados tienen derecho a ser tratados igual que el resto de personal que presta servicios en una Administración, sin que su situación en la Administración de origen pueda constituirse en un

factor que justifique un trato desigual en la Administración de destino. Con todo, el Tribunal Constitucional llega a admitir que las diferencias de trato pueden ser razonables durante el período transitorio en que se proceda a la plena integración de los funcionarios transferidos en las estructuras de la nueva Administración, pero esta diferenciación pierde todo su sentido cuando se ha perfeccionado la adscripción de este personal, sin que las limitaciones presupuestarias puedan servir para consagrar un régimen retributivo distinto para determinado personal dependiente de la misma Administración y que ocupa puestos de trabajo similares a los desempeñados por los empleados propios. Lógicamente, la cuestión clave reside en saber que parámetros van a acotar el mencionado período transitorio, unos parámetros que en la doctrina del Tribunal Constitucional parecen referirse al período en que se toman las decisiones de integración de los funcionarios traspasados en las correspondientes plantillas y en las respectivas relaciones de trabajo, aspectos que se concretan en la STC 330/2005, de 15 de diciembre.

Sin embargo esta idea de un cierto margen de actuación para resolver situaciones individuales o grupales de naturaleza singular que precisen de una adecuación transitoria en base a los regímenes jurídicos en presencia, resulta de interés cuando se ha de acomodar y adecuar a la Administración receptora a personas que, con uno u otro estatuto, prestaban sus servicios en otra Administración distinta, lo que permite preservar la situación de los funcionarios transferidos y proceder a su integración en plazas y puestos “a extinguir”, tal como puede verse en la STC 113/2010, de 24 de noviembre.

De la misma manera, la integración en pie de igualdad con el personal propio puede presuponer la reducción de un determinado número de plazas que podrían haber actuado como posibles áreas de promoción de los efectivos existentes disminuyendo sus posibilidades de carrera y de promoción. Sin embargo, lo cierto es que nuestra doctrina judicial no reconoce que una operación de transferencia de personal pueda implicar una lesión del derecho de promoción que asiste al funcionario de una determinada Administración, derecho que se considera una simple expectativa cuya concreción depende en última instancia de una actuación futura de la Administración y no del resultado de un proceso de traspaso de servicios⁷⁴².

No estará de más considerar a efectos comparativos que desde una perspectiva estrictamente laboral, la transferencia o traspaso de competencias y servicios resulta ser un supuesto de sucesión de empresa o cambio de titularidad empresarial regulado como ya sabemos por el

⁷⁴² STS de 25 de marzo de 2013, ROJ: 1722/2013.

artículo 44 ET y por la Directiva 2001/23/CE, de 12 de marzo⁷⁴³. Aún más, la norma laboral resulta de obligado cumplimiento y de preferente aplicación con respecto a lo dispuesto por las normas de derecho público que regulan los procesos de transferencias, normas que no tienen un rango superior ni detentan por ellas mismas la capacidad de introducir modificaciones en los supuestos de sucesión que atañen a las Administraciones públicas⁷⁴⁴. Por lo tanto, siempre que se cumplan los presupuestos subjetivos y objetivos que hemos estudiado, la conclusión general es que el traspaso de un servicio resulta ser una cesión empresarial. Lógicamente, esta subrogación implica el mantenimiento de las relaciones laborales y de las condiciones de trabajo vigentes en el momento de la transmisión en la Administración de origen al margen de la voluntad de la Administración que actúa como cedente, de la Administración cesionaria y del propio trabajador o de sus representantes, con lo que dicha subrogación puede presuponer la aplicación de un régimen distinto del de los trabajadores de origen, incluso si ello supone la aplicación de unas condiciones de trabajo menos favorables, consagrando una diferencia de trato difícilmente compatible con la igualdad que se predica de la incorporación funcionarial.

En todo caso, el artículo 44 ET obliga a la Administración de destino a respetar las condiciones de trabajo existentes en el momento de la transferencia. En la sucesión de empresas se asume como premisa que los derechos de los trabajadores no tienen como sujeto pasivo a una determinada persona física o jurídica sino que se predicen de una unidad productiva que mantiene su identidad después de la transferencia. En consecuencia, el ordenamiento jurídico configura un derecho casi absoluto al mantenimiento del puesto y de las condiciones de trabajo que difícilmente puede compararse a la conservación de los derechos adquiridos propios de la situación funcionarial en el momento del traspaso. De hecho, la jurisprudencia laboral nos recuerda que el mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales que predicen las normas laborales comprende la conservación de las disposiciones básicas sobre el tiempo, el modo o el puesto de la relación laboral y el respeto estricto a las retribuciones previamente establecidas de manera que la Administración de destino está obligada a respetar el importe íntegro de las que se venían percibiendo hasta el momento⁷⁴⁵. Pero como se sabe la subrogación no es incompatible con el establecimiento de un pacto unificador de las diversas estructuras que

⁷⁴³ SSTs de 3 de junio de 1992, RJ/1992/4737; y de 29 de junio de 1994, RJ/1994/5502.

⁷⁴⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 19 de junio de 2001, AS/2001/2774.

⁷⁴⁵ STS de 3 de junio de 1992, RJ/1992/4737; y de 29 de junio de 1994, RJ/1994/5502. Una posición más matizada en la STSJ de Madrid de 21 de julio de 2012, ROJ: STSJ M 8163/2014, donde se señala que el mantenimiento de las condiciones retributivas ha de comprender y circunscribirse al salario base como retribución fijada por unidad de tiempo y los complementos anudados a las condiciones personales, pero no así a los complementos relacionados con las circunstancias y funciones del puesto de trabajo, ni a los de cantidad y calidad de trabajo, al no ser consolidables, una posición por cierto que se acercaría más a la existente en el sistema de función pública.

implique una regulación homogénea de las condiciones laborales de los diferentes grupos de trabajadores existentes. De esta manera resulta legítima una política de unificación de las condiciones laborales de los integrantes de la misma plantilla con la intención última de aplicar un régimen común. Lo que sucede es que la instrumentación de dicha política ha de presuponer la utilización de los procedimientos legalmente previstos en las normas laborales, valorando especialmente las fuentes de implantación de las condiciones de trabajo a adaptar o modificar⁷⁴⁶. Sabemos que el artículo 44.4 ET, en sintonía con el artículo 3.3 de la Directiva comunitaria citada, advierte de que las relaciones laborales de los trabajadores afectados por una sucesión de empresas se han de seguir rigiendo por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión resultará de aplicación a la empresa, centro de trabajo o unidad autónoma transferida, salvo pacto en contrario establecido después de la consumación de la sucesión mediante un acuerdo entre el cesionario y los representantes de los trabajadores transmitidos, en el bien entendido de que dicha aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo que pudiera resultar de aplicación al servicio traspasado.

Por tanto, nada impide que los representantes de la Administración de destino y de los trabajadores transferidos una vez producido el traspaso alcancen un acuerdo de integración mediante el que se decida la no aplicación de las condiciones pactadas en el convenio anterior y la sumisión de los empleados afectados al régimen laboral vigente en aquella institución mediante un proceso de negociación o, más sencillamente, se llegue a un acuerdo de homologación que tenga como fin último equiparar las condiciones de trabajo de los transferidos con los trabajadores propios de la Administración de origen, un acuerdo que en la práctica regulará de la misma forma las condiciones de trabajo de toda la plantilla que habrá de ser objeto de negociación con su representación. En todo caso, interesa retener dos aspectos básicos del régimen de subrogación del personal transferido: uno, la conservación plena de sus condiciones de trabajo; y otro, la imprescindible necesidad de la negociación para procurar un acuerdo de unificación o un convenio colectivo de sustitución de las condiciones de trabajo existentes en el momento del traspaso.

En cambio, en el ámbito de las relaciones estatutarias la operación de traspaso no ha de ser objeto de negociación. Dicho con mayor propiedad, el establecimiento de una regulación para

⁷⁴⁶ La STS de 11 de mayo de 2005, RJ/2005/4982, rechaza un intitulado acuerdo de equiparación de las condiciones laborales y retributivas del personal laboral al servicio de la Administración de Justicia que pasa a depender de la Comunidad de Madrid por entender que dicho acuerdo no es un convenio colectivo que permita regular la relación laboral de los trabajadores transferidos.

que un determinado personal quede integrado en la organización de la función pública de una entidad territorial, resulta ser un ejercicio de la potestad de organización de la que se dispone para configurar la propia función pública con arreglo a los criterios que se puedan estimar más adecuados⁷⁴⁷.

En efecto, admitido que la Administración disfruta de cierta discrecionalidad para configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio, es razonable pensar que dispone de un determinado margen de actuación cuando se trata de resolver situaciones peculiares que precisen, por razones de transitoriedad o especialidad, una adecuación de regímenes jurídicos. No cabe duda de que dentro de esas situaciones particulares quepa incluir las que nacen de procesos de transferencias en los que, entre otros extremos, hay que acomodar y adecuar a la Administración receptora a personas que con uno u otro estatus prestaban sus servicios en otra entidad. Se puede así comprobar que la Administración receptora dispone de determinadas facultades para establecer la estructura y organización de sus propios medios y para adecuar y acomodar a los mismos al personal transferido, aunque evidentemente, todo ello sobre la base del respeto a los derechos que se garantizan legalmente por la normativa básica estatal de empleo público⁷⁴⁸.

Ello quiere decir que en determinadas situaciones excepcionales se habrá de cohonstar la capacidad para configurar la propia función pública con la obligación de preservar la posición de los funcionarios transferidos en el doble plano económico y profesional, lo que implica el mantenimiento de su situación estatutaria y que se les reconozcan los mismos derechos económicos, de carrera y profesionales que les pudieran corresponder en el momento del traspaso. Todo ello, teniendo en cuenta que, dejando al margen el necesario respeto a los derechos adquiridos, los funcionarios transferidos tienen derecho a ser tratados igual que el resto de personal comparable que presta servicios en la Administración de destino, lo que implica, si así procede, una homologación en aquellas condiciones de trabajo que pudieran resultar más beneficiosas, una operación que se ha de practicar en un término razonable para proceder a la correspondiente incorporación de personal.

Por tanto, el mantenimiento de los mismos derechos que correspondan a los funcionarios de los cuerpos o escalas que estén en servicio activo en la Administración de origen y el aseguramiento

⁷⁴⁷ STC 113/2010, de 24 de noviembre.

⁷⁴⁸ Lógicamente esa capacidad de adaptación no puede dejar de aplicar algunos de los preceptos básicos que configuran el régimen jurídico de los empleados públicos, tal como se dice en la STC 113/2010, de 24 de noviembre.

de una igualdad básica de los funcionarios transferidos con los funcionarios propios de la Administración de destino en base a soluciones que supongan una efectiva homologación de sus condiciones de trabajo, acaban condicionando seriamente las decisiones que puedan tomar las Administraciones públicas para adaptar su organización después del traspaso.

En todo caso, la escasa jurisprudencia existente al respecto nos advierte de que aquellas decisiones que presuponen la integración de personal en la función pública de otra Administración no tienen por ellas mismas una capacidad de afectación concreta sobre las condiciones de trabajo sino sobre el régimen jurídico del personal, quedando por esta razón excluidas del procedimiento de negociación. El planteamiento es simple: la transferencia de personal presupone el paso a otra función pública, mediante la integración en un cuerpo o escala de otra Administración, lo que implica un verdadero acceso a dicha función pública distinto de la mera provisión de puestos de trabajo que situara la prestación de servicios en un supuesto de movilidad interadministrativa⁷⁴⁹.

A partir de ahí, la consolidación del traspaso y del proceso de asimilación del personal ha de presuponer una identidad de situaciones entre el personal transferido y el personal propio de la Administración receptora, debiendo aplicarse idénticas condiciones económicas y laborales a quienes ocupen los mismos puestos de trabajo, con independencia de su Administración de origen. En el traspaso la única cosa que varía es la incorporación a una función pública distinta, lo que resulta inherente a todos los procesos de transferencias. En cuanto a los funcionarios cedidos, aunque se integren en una función pública distinta, mantienen todos sus derechos en la Administración de origen como si se hallaran en servicio activo. Y por su parte el artículo 88 EBEP 2015 obliga a las Administraciones receptoras a respetar el grupo o subgrupo del cuerpo o escala de procedencia, así como la posición de carrera que tuviesen reconocido. En consonancia, la posición de nuestra doctrina judicial es que no hay en el traspaso y en la posterior operación de acomodación de efectivos una modificación substancial de condiciones de trabajo que deba ser sometida a la previa negociación colectiva, sino un mero cambio o

⁷⁴⁹ STC 238/2015, de 19 de noviembre. La necesidad de diferenciar los procesos de traspasos de los de movilidad interadministrativa se hace patente en la STS de 28 de septiembre de 2012, ROJ: 6056/2012, donde expresamente se advierte que los procesos de transferencia de funciones y servicios tienen su propio régimen normativo expresamente diferenciado del de reasignación o redistribución de efectivos del artículo 81.2 EBEP, señalando también que por su propia finalidad, los acuerdos que culminan aquellos procesos implicaran en ocasiones cambios o desplazamientos de los puestos de trabajo afectados, inherentes a la incorporación a una función pública distinta, con lo que el principio de inamovilidad de los funcionarios puede ceder, con las modulaciones y compensaciones que las propias normas reguladoras de los traspasos contengan, ante las exigencias superiores derivadas de asunción de competencias por nuevas Administraciones que pasan a ser titulares de ellas.

subrogación de una Administración por otra respecto del funcionario que pasa a depender de esta última⁷⁵⁰.

La complejidad de las relaciones interadministrativas sobre la gestión del personal también se advierte en el sistema de convenios que articulan la prestación de determinados servicios públicos. A tenor de las previsiones establecidas en el artículo 143 y 144 LRJSP, los convenios y los acuerdos aparecen como técnicas de cooperación entre Administraciones para un mejor servicio del interés general a través de las cuales se podrá acordar de manera voluntaria la forma de ejercer sus respectivas competencias.

De acuerdo con el artículo 47 LRJSP, se consideran convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones para un fin común. Los convenios interadministrativos firmados entre dos o más Administraciones, organismos o entidades de derecho público pueden incluir la utilización de medios, servicios y recursos de otra Administración, organismo o entidad para el ejercicio de competencias propias o delegadas, sin que ello pueda suponer cesión de la titularidad de la competencia. Tal como se afirma en el artículo 48 LRJSP, la suscripción de un convenio deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, facilitar la utilización conjunta de medios y servicios públicos, contribuir a la realización de actividades de utilidad pública, y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por último, interesa advertir de que, a tenor del artículo 48.7 LRJSP, el convenio se constituye en un vehículo privilegiado para la delegación de competencias con especial incidencia en el ámbito local.

El artículo 57 LRBRL, nos indica que los convenios son instrumentos para la cooperación económica, técnica y administrativa entre la Administración local y las Administraciones del Estado y de las comunidades autónomas que se desarrollará con carácter voluntario, tanto en servicios locales como en asuntos de interés común, señalando también que su suscripción deberá mejorar la eficiencia de la gestión pública, eliminar duplicidades administrativas y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

El artículo 27 LRBRL prevé expresamente que el Estado y las comunidades autónomas podrán delegar en los municipios el ejercicio de sus competencias, con la finalidad última de mejorar

⁷⁵⁰ STS de 28 de septiembre de 2012, ROJ: 6056/2012. Lógicamente, tal como se dice en la STSJ de Castilla- La Mancha de 26 de mayo de 2015, ROJ: STSJ CLM 1521/2015, el respeto a los derechos adquiridos no presupone la perpetuación de todas las circunstancias propias de su anterior puesto de trabajo, como pueden ser las funciones, la misma dependencia jerárquica, jornada laboral o turno, sino solo aquellas que normativamente se regulan como inalterables.

la eficiencia en la gestión pública, contribuir a eliminar las duplicidades administrativas y ser acorde con la legislación de estabilidad presupuestaria. La delegación deberá determinar el alcance, contenido, condiciones y duración de esta que no podrá ser inferior a cinco años, así como el control de eficiencia que se reserve la Administración delegante y los medios personales, materiales y económicos que esta asigne sin que pueda suponer un mayor gasto de las Administraciones públicas implicadas. En todo caso, el mismo precepto nos advierte que la efectividad de la delegación requerirá su aceptación por el municipio interesado.

De lo dicho hasta el momento pueden extraerse las conclusiones siguientes:

- a) Los convenios se consideran como técnicas de cooperación voluntaria entre diferentes Administraciones para el ejercicio de sus respectivas competencias.
- b) El fin último de esa cooperación puede ser el establecimiento de formas de gestión de servicios que permitan la realización conjunta de una serie de actividades propias o la participación de una instancia en la realización de tareas o responsabilidades de otra en base siempre a la persecución de una serie intereses públicos que se consideran comunes.
- c) El convenio o acuerdo entre Administraciones se puede considerar como una figura organizativa de naturaleza eminentemente colaborativa. El convenio sería en sí mismo un acuerdo organizativo con capacidad suficiente para permitir la construcción de un determinado modelo de gestión asociada o participada de una actividad o servicio público.
- d) Los convenios firmados entre dos o más Administraciones pueden incluir la utilización de medios personales o materiales de las diversas instituciones implicadas, sin que ello suponga una alteración de su titularidad o de su dependencia.
- e) El fin último de los convenios para la organización conjunta de un determinado servicio o actividad pública, que supone la puesta en común de los diversos medios disponibles, es mejorar la eficiencia, eliminar duplicidades y cumplir con la legislación de estabilidad presupuestaria.
- f) La delegación intersubjetiva prevista en nuestra legislación para la compartición de la competencia propia de una determinada Administración presupone la existencia de un acuerdo entre el delegante y el delegado que habrá de formalizarse en base a un instrumento convencional.
- g) La delegación de competencias, sobre todo en el ámbito local, parece construirse en base a un módulo consensual, aunque en nuestro derecho se ha instalado la concepción de la delegación en dos fases: una primera, en la que la Administración titular de la competencia

resuelve transferir, a título de delegación, una determinada competencia a la entidad interesada; y una segunda en la que se acepta dicha delegación y se acuerdan los términos concretos en que se va a realizar, con lo que el convenio entre el delegante y el delegado crearía de hecho el marco de la actividad delegada.

h) El ámbito objetivo de la delegación se constituye por las funciones, prestaciones, servicios o actividades que se comparten, pero también por los medios materiales y personales que la Administración delegante asigne a los servicios delegados.

Desde una perspectiva estricta convendría diferenciar los problemas derivados de la utilización de las técnicas e instrumentos de cooperación interadministrativa de sus efectos últimos sobre el personal, efectos que hay que situar en la posible asignación y utilización de los medios personales de una Administración por parte de otra⁷⁵¹. En esta coyuntura no es infrecuente que se produzca un fenómeno de disociación entre la titularidad de la relación y la prestación efectiva de servicios, de manera que personal de una Administración lleva a cabo su actividad en dependencias de otra y bajo las órdenes e instrucciones de los órganos directivos de esta última, una posición que en nuestro ordenamiento jurídico-público suele reconducirse a la distinción entre dependencia orgánica y funcional, y que en el ordenamiento jurídico-laboral podría llegar a ser calificada en el mejor de los casos como una situación de sumisión a un empresario plural con distribución de los poderes inherentes a la figura de empleador, y en el peor como una cesión ilegal de trabajadores⁷⁵².

Pues bien, la disociación de la relación y la división de facultades entre dos titulares que actúan como Administración de referencia o, si se quiere, como empleador, plantea una especialísima configuración de los poderes que subyacen a los diferentes tipos de dependencia laboral. Nótese que en la práctica el convenio o el acuerdo de delegación actúan como una regla de atribución de competencias sobre el personal entre ambas Administraciones. Así pues la distribución de funciones que pueda hacerse en relación al personal con motivo de un convenio o acuerdo supondría en la práctica que una Administración traspasa a otra un haz de derechos, facultades y obligaciones que le corresponden plenamente como derivadas de la relación de empleo

⁷⁵¹ En todo caso hay que diferenciar la situación creada por una transferencia de personal de la que se genera como consecuencia de una compartición o delegación competencial en la que se mantiene la titularidad de la competencia, y la de los bienes necesarios para el desarrollo de la misma y del personal adscrito a su ejercicio, como se señala en la STSJ de Canarias de 18 de mayo de 2012, ROJ: STSJ ICAN 1465/2012.

⁷⁵² Tal como se advierte en la STS de 18 de mayo de 2016, ROJ: STS 2750/2016 y en el interesante voto particular que acompaña a la STS de 11 de febrero de 2016, ROJ: STS 1041/2016. Sobre esta particular situación, MORENO MÁRQUEZ, Ana. “Cesión de trabajadores entre Administraciones Públicas”. *Aranzadi Social*. Nº 10, 2012, p. 107-114.

público. Recordemos al efecto que los funcionarios están vinculados a una Administración por una relación estatutaria de características propias⁷⁵³, un presupuesto que ha de mantenerse aunque quien reciba la prestación de servicios sea una entidad distinta, sin que exista en nuestro derecho una figura de personal delegado o personal prestado a otra Administración. De hecho, lo que se pretende a través de la disociación de la relación orgánica de la relación de servicios es que un determinado personal de una Administración concreta conserve su condición de tal, su servicio activo y su inserción en los correspondientes instrumentos de ordenación de personal, aunque una serie de facultades, funciones y competencias sobre dicho personal, con excepción siempre del acceso y la pérdida de la condición de tal, se atribuyan a otra Administración⁷⁵⁴. El problema estriba en cuales pueden ser las funciones que se transfieren, sin que se considere ahora si el vehículo utilizado, un convenio o un acuerdo bilateral, resulta ser formalmente apto para ello. Ordinariamente el objeto de la cesión se limita estrictamente al campo funcional, es decir, a las potestades de dirección y control de la relación de servicio. En el concurso de personas jurídicas que enmarca la relación estatutaria corresponde a la Administración que ordena la organización y el funcionamiento del servicio, y que de hecho recibe su prestación efectiva, dirigir la actividad del personal adscrito al mismo impartándole las instrucciones y órdenes que resulten procedentes⁷⁵⁵.

Si esto es así, la adscripción de un determinado personal a la esfera de dirección de otro presupone un cambio de relación jerárquica pero no implica de por sí una modificación de las condiciones de trabajo que pudiera requerir de un proceso de negociación. Cuestión distinta sería que el convenio en cuestión o el acuerdo de delegación presuponga que se atribuya a la Administración con la que ha concertado la ejecución de una competencia, todas las facultades, funciones y competencias en materia de personal que respondieran a la resolución de situaciones que les pudieran afectar, con la única excepción de las que pudieran suponer la formación o la extinción de la relación de servicio, incluyendo también su representación en las relaciones colectivas que pudieran darse con los representantes del personal, un planteamiento que por sí mismo aboga a una necesaria negociación en las instancias propias de la Administración titular de la relación orgánica de este particular tipo de cesión.

⁷⁵³ Si se quiere, es lo que el artículo 88.2 EBEP 2015, llama “organización de la función pública”, volveremos más adelante sobre esta noción.

⁷⁵⁴ Una descripción de la situación, aunque referida al personal laboral, puede verse en la STSJ del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, Las Palmas, de 30 de noviembre de 2004, AS 2004/3809.

⁷⁵⁵ Lo que por cierto no deja de ser el núcleo básico de la noción de vinculación o dependencia, tanto en el derecho laboral como en el derecho administrativo, una advertencia que se contiene en la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 1 de febrero de 2007, ROJ: STSJ ICAN 124/2007.

En todo caso, si se admite que en las relaciones entre Administraciones rige un principio de cooperación leal establecido en el artículo 103.1 CE, la separación entre personas jurídicas que responde al reconocimiento de diferentes poderes autónomos dentro de la estructura territorial del Estado no ha de llevar a la interdicción de toda relación entre las mismas que impida la compartición de medios personales y materiales. Esta cooperación puede manifestarse legítimamente a través de convenios o acuerdos en cuya virtud se pongan en común competencias y medios de ejecución, sin que la aplicación estricta de las normas sobre personal pueda erigirse en un obstáculo para las relaciones interadministrativas, pero sin descuidar también que esa disociación de facultades no puede conllevar un debilitamiento de las responsabilidades que corresponde a la Administración titular de la relación de servicios que a todos los efectos resulta ser la responsable última del haz de derechos que incorpora la relación estatutaria⁷⁵⁶.

Una situación distinta se plantea cuando la cooperación se instrumenta a través de una figura personalizada como puede ser el consorcio. El artículo 118.1 LRJSP, define el consorcio como una entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creada por varias Administraciones públicas o entidades integrantes del sector público, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias⁷⁵⁷. Los fines del consorcio deberán ser competencia de los entes que lo integren, lo que permite la colaboración de distintas Administraciones con

⁷⁵⁶ No estará de más recordar que en este campo la jurisprudencia laboral señala que cuando nos encontramos con un colectivo de trabajadores contratados por una entidad territorial y considerados propios de su Administración, prestan sin embargo servicios por cuenta de otra durante un período de tiempo determinado o determinable, una disociación tal de la relación laboral lleva ineludiblemente a la consideración de ambas Administraciones como empresarios titulares de la misma. Y ello sin perjuicio de la validez de los convenios o acuerdos reguladores de esta particular situación en lo que a las relaciones entre Administraciones se refiere. Pero este sistema de relaciones interadministrativas solo puede ser interpretado como una regulación de la lógica interna de estructuración de la actividad o del servicio implicado, sin que resulte oponible frente al trabajador para excepcionar a una Administración de sus obligaciones y responsabilidades laborales, porque si se admitiera tal derogación se vendría a dar preferencia al acuerdo interadministrativo frente a las leyes que regulan la relación laboral; en esta dirección van las SSTSJ de Canarias, Las Palmas, de 30 de noviembre de 2004, AS 2004/3809; de Canarias, Las Palmas, de 1 de febrero de 2007, ROJ: STSJ ICAN 124/2007, y de Canarias, Las Palmas, de 18 de mayo de 2012, ROJ: STSJ ICAN 1465/2012.

⁷⁵⁷ En esta norma el consorcio pueden constituirlo no solo la Administración del Estado, de las comunidades autónomas y de las entidades locales sino también sus entes dependientes, una posibilidad que parece no poder aplicarse a las personificaciones instrumentales del sector público local a tenor de la disposición adicional novena LRBR que prohíbe a los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones y demás entes adscritos, vinculados o dependientes de cualquiera de las Entidades Locales, constituir, participar en la constitución o adquirir nuevos entes de cualquier tipología.

un diferente grado de competencias, considerándose la formula consorcial un instrumento idóneo para prestar servicios de forma compartida, tal como señala el artículo 26.2 LRBRL⁷⁵⁸.

A tenor del artículo 120.1 LRJSP, los estatutos de cada consorcio han de determinar la Administración pública a la que estará adscrito, en base a una serie de criterios que determina la ley. Dichos criterios se ordenan por la prioridad en su aplicación y se refieren a la situación del primer día de cada ejercicio presupuestario⁷⁵⁹. En todo caso el consorcio se adscribirá a la Administración pública integrada que: 1) disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno; 2) tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos; 3) tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo; 4) disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial; 5) tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno; 6) financie en más de un cincuenta por ciento, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida en cada año; 7) ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial; y 8) tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios o a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio. En todo caso, conviene advertir de que la mayoría de los criterios mencionados pueden reducirse a dos: el de influencia dominante o control de los órganos de gobierno o directivos y el de financiación o aportación mayoritaria. Los otros criterios aportan poca cosa y de hecho constituyen un desarrollo explícito de los indicados.

La adscripción es una operación que a los efectos de nuestro análisis constituye una operación esencial. Desde una perspectiva semántica adscribir, significa inscribir, contar entre los que corresponde a alguien o alguna cosa o agregación de uno al servicio de otro. Desde una perspectiva jurídica el concepto de adscripción no ha llegado a definirse. Aún más, en la legislación de referencia parece que la noción de adscripción se ha querido utilizar para diferenciarla de la noción de vinculación o dependencia que a menudo se ha utilizado para

⁷⁵⁸ KONINCKX FRASQUET, Amparo. “El sector público local institucional en la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, con especial referencia a los consorcios”. *Revista Digital CEMCI*. Nº 29, 2016, p. 5-6.

⁷⁵⁹ A nuestro juicio, el posible cambio del régimen jurídico del consorcio en línea con la aprobación de un nuevo presupuesto es más hipótesis normativa que real. Lo lógico es que, configurada una primera adscripción, las revisiones anuales que se vayan produciendo no vayan acompañadas de un cambio de adscripción, salvo que en la composición misma del consorcio se produzca un cambio sistémico que afecte seriamente a sus órganos de gobierno o a su sistema de financiación.

calificar la relación entre un ente instrumental y su correspondiente Administración matriz. En todo caso, la adscripción significa contar con el régimen jurídico de una Administración pública que resulta la dominante en el sistema de relaciones interadministrativas que soporta el consorcio. Como se ha dicho, la adscripción no es dependencia o vinculación pero sí es un factor relevante de un cierto grado de pertenencia. En esta dirección resulta de interés lo establecido en las leyes financieras, así, por ejemplo, el artículo 18.Uno.h) de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, señala que constituyen el sector público: “Las fundaciones del sector público y los consorcios participados mayoritariamente por las Administraciones y Organismos que integran el sector público”. Si se tiene en cuenta que el sector público como concepto de agrupación de entes de distinta naturaleza remite siempre a un nivel territorial de Administración, como puede ser la estatal, la autonómica o la local, y que el consorcio es sector público, habrá que concluir que la adscripción a una determinada administración comporta automáticamente su integración en un determinado sector público sin que ello implique dependencia sino el establecimiento de una determinada relación en base a una disciplina orgánica de sector.

Partiendo de esta afirmación se puede ahora determinar las consecuencias jurídicas que la legislación vigente enlaza con la operación de adscripción como pueden ser las siguientes:

- a) Los consorcios estará sujetos al régimen de presupuestos, contabilidad y control de la Administración a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (artículo 122.1 LRJSP).
- b) Los consorcios deberán llevar a cabo una auditoría de cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio (artículo 122.3 LRJSP).
- c) Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración pública de adscripción (artículo 122.4 LRJSP).
- d) Los consorcios se regirán por las normas patrimoniales de la Administración pública la que estén adscritos (artículo 122.5 LRJSP).
- e) El régimen jurídico del personal del consorcio será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella (artículo 121 LRJSP).

f) Los órganos competentes en materia de personal de la Administración pública a la que se adscriba el consorcio podrán autorizar la contratación directa de personal por parte del consorcio para el ejercicio de funciones singulares (artículo 121 LRJSP).

A estas prescripciones de carácter general referidas al régimen jurídico de los consorcios de todo el sector público hay que sumar las propias de los consorcios locales, que se pueden señalar de la forma siguiente:

a) Las corporaciones locales aprobarán anualmente la masa salarial del personal laboral del sector público local con comprensión de la referida a la propia Entidad local, organismos, entidades públicas empresariales y demás entes públicos y sociedades mercantiles locales de ella dependientes, así como de los consorcios adscritos a la misma (artículo 103 bis LRBRL).

b) Las retribuciones en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los consorcios que conforman el sector público local se fijarán en función de la clasificación realizada por el pleno de la corporación local de adscripción en tres grupos, atendiendo a características relacionadas con el volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que se desarrolla su actividad; esta clasificación determina el nivel en el que el consorcio se sitúa a efectos del número máximo de miembros de sus órganos de gobierno y administración, y determina también la estructura organizativa que se pueda adoptar, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable (disposición adicional duodécima LRBRL).

En consecuencia, podemos reafirmarnos ahora en nuestro planteamiento anterior: la adscripción tiene carácter obligatorio y determina el régimen jurídico aplicable al consorcio adscrito. La adscripción presupone también una cierta capacidad de supervisión y control. Control de la Administración de adscripción en la formación del presupuesto, auditoría de cuentas anual; control de las retribuciones y de la masa salarial del personal laboral; control del número y de las retribuciones de los órganos superiores y del personal directivo. Un control limitado pero control. Y la adscripción significa también integración en el correspondiente sector público, integración por tanto en un complejo organizativo unitario de personalidades jurídicas

instrumentales con diferentes grados de adscripción, vinculación o dependencia que resulta relevante a los efectos que prevé expresamente el ordenamiento jurídico general⁷⁶⁰.

Tal como se ha dicho, el resultado de la operación de adscripción determina el régimen jurídico de aplicación al consorcio que es el régimen jurídico de la Administración de adscripción. Ahora bien, en el momento de analizar esta conexión resultan posibles dos alternativas que comportan efectos sustancialmente diferentes. La primera de estas interpretaciones presupone que la adscripción determina la aplicación al consorcio del régimen jurídico propio del ordenamiento territorial al que pertenece la Administración de adscripción: estatal, autonómico o local. Es decir, se asigna al consorcio el ordenamiento del nivel territorial que resulte de aplicación a la Administración de adscripción, pero no las disposiciones adoptadas por esta Administración en ejecución de este grupo normativo. La segunda de las interpretaciones posibles permite que la adscripción determine la superposición al consorcio de un régimen jurídico prácticamente idéntico al de la Administración de adscripción. El consorcio quedaría sujeto al sistema de fuentes propio de la Administración estatal, autonómica o local de adscripción y también a las disposiciones adoptadas por esta en su aplicación que resultan propias de su ordenamiento jurídico interno.

A nuestro parecer, la interpretación que ha de prevalecer es la primera: la adscripción a una Administración comportará la comunicación al consorcio del ordenamiento jurídico que resultase propio de su régimen territorial, pero no de los instrumentos concretos o de las disposiciones aprobadas por esta Administración para la gestión de su organización interna. La razón de nuestra elección se ha de fundamentar en una idea simple: someter un ente asociativo a las normas aprobadas unilateralmente por uno de los asociados en función de su lógica interna de gestión resulta contradictorio con la idea misma del consorcio como entidad agregada. Una cosa es la necesidad de aplicar un determinado ordenamiento jurídico y otra distinta es extender las normas propias de una organización a otra diferente en base a una pura técnica de conexión.

También conviene ahora insistir en una idea que después nos será de utilidad. La adscripción presupone básicamente comunicación de regímenes jurídicos y asunción de una serie de deberes de supervisión y control de la actividad del consorcio, pero no anula la personalidad jurídica

⁷⁶⁰ Dicho de otra manera: la adscripción refuerza el carácter instrumental y dependiente del consorcio, tal como se advierte en VILALTA REIXACH, Marc; GRACIA RETORTILLO, Ricard. “La gestió mancomunada de serveis públics en l’ àmbit supramunicipal”. Barcelona: EAPC, 2016, p. 120.

del consorcio que la sigue manteniendo como propia, constituyendo al efecto un centro válido de imputación de toda una serie de relaciones y efectos jurídicos.

De hecho, el consorcio sigue siendo un ente, una unidad autónoma de gestión de un servicio o de una actividad pública dada, con sus propios medios materiales y personales que constituyen un soporte suficiente para el desarrollo de su actividad, y que se han de conceptualizar completamente separados de la Administración de adscripción. En definitiva, más allá de la adscripción del consorcio, este sigue conservando su personalidad jurídica y los activos materiales e inmateriales para continuar su actividad y, lo que es más importante para nosotros, el conjunto de sus elementos personales organizados internamente de manera que resultan ser constitutivos de una entidad autónoma que mantiene una actividad propia tendente a la prestación de un servicio o actividad perfectamente diferenciada.

El dilema de la obtención de recursos a través de personal propio o adscrito es un problema clásico de la organización de los medios personales de la institución consorcial. No estará de más recordar que el Consejo de Estado ya introdujo esta cuestión en los dictámenes 45.988 y 45.872, de 23 de febrero de 1984, sobre la figura consorcial. Estos dictámenes daban respuesta a consultas planteadas sobre la aprobación de los estatutos de dos consorcios locales. Entre las observaciones planteadas resultan de interés las referidas al personal de este tipo de entes, en las cuales el Consejo de Estado niega rotundamente la posible existencia de funcionarios propios de los consorcios locales. El órgano consultivo después de señalar la falta de regulación directa y expresa sobre el personal de los consorcios existente en aquel momento, distingue entre el plano del sostenimiento presupuestario de un puesto de trabajo y el plano de la titularidad del mismo. De esta manera aconseja separar la dotación por tiempo indeterminado de un puesto de trabajo de su cobertura presupuestaria. En último término, se hace patente la naturaleza asociativa de los consorcios y su consecuencia última consistente en la reversibilidad de la institución, ya sea por una posible disolución del organismo o por la separación de alguno de los entes consorcios que puedan jugar una función estructural de la misma institución consorcial. Esta particular naturaleza, comporta, en palabras del Consejo de Estado, la conveniencia de que no existan plazas en propiedad en la estructura de su personal administrativo ordinario. De esta manera, el Consejo de Estado fija un referente imprescindible a la hora de abordar el régimen jurídico del personal del consorcio: la influencia de la reversibilidad producto de la naturaleza asociativa del ente como obstáculo para que esta tipología de organismos pueda tener una estructura de personal propia, ya sea de carácter funcional o laboral.

Sin embargo, lo cierto es que se ha venido admitiendo hasta fechas muy cercanas a la aprobación de la LRSAL, que el régimen del personal de consorcio podía ser de personal funcionario y personal laboral, sin perjuicio de que dichos consorcios pudieran tener personal adscrito por las entidades consorciadas, con lo que tácitamente se acababa reconociendo que dicho personal funcionario o laboral podía ser personal propio⁷⁶¹.

En todo caso, lo cierto es que después de la aprobación de la disposición final segunda LRSAL, que incluyó una nueva disposición adicional vigésima la LRJAP, se han mantenido estables tres presupuestos básicos relativos a la particular situación del personal que ha de prestar servicios en un consorcio: el primero, el régimen jurídico del personal del consorcio habrá de ser el de la Administración de adscripción; el segundo, el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de la Administraciones participantes; el tercero, las retribuciones del personal del consorcio en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en la Administración de adscripción.

Más allá de estas constantes hay que advertir de dos cambios sustanciales en la regulación del régimen de personal introducida por el LRSAL con referencia a la actual, incorporada al artículo 121 LRJSP. En la disposición final segunda LRSAL, el personal al servicio de los consorcios debía proceder de una reasignación de puestos de trabajo, sin que en la legislación actual se indique concretamente el mecanismo de adscripción. En dicha disposición no se permitía que el consorcio, como entidad separada, pudiera utilizar su personalidad jurídica para contratar, aunque fuera con carácter excepcional, personal propio. En el artículo 121 LRJSP, se permite ahora que de forma excepcional, cuando no resulte posible contar con personal procedente de las Administraciones participantes en el consorcio en atención a la singularidad de las funciones que desempeñar, y con la autorización previa del órgano competente en materia de personal de la Administración a la que se adscriba el consorcio, se podrá permitir la contratación directa de personal para el ejercicio de dichas funciones específicas.

⁷⁶¹ Tal como se dice en el artículo 114.f) de la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y de procedimiento de las Administraciones públicas de Cataluña, donde se advierte de que: “El règim del personal del consorci, que pot ésser funcionari o laboral. Els consorcis també poden tenir adscrits personal de les entitats consorciades”. Si nos fijamos en estatutos de consorcios aprobados con anterioridad a la LRSAL, se puede llegar a advertir una tipología de fórmulas estatutarias que abordan el régimen jurídico del personal de los consorcios desde diferentes combinaciones posibles: 1) personal propio contratado en régimen laboral y personal funcionario adscrito por las entidades consorciadas; 2) personal funcionario y contratado laboral propio; 3) inexistencia de personal propio con derivación hacia dos posibles opciones, la primera, que las necesidades de funcionamiento del consorcio se atiendan con medios personales de las entidades asociadas que se ponen a disposición del consorcio; la segunda, que las necesidades de funcionamiento del consorcio se atiendan a través de servicios propios de las entidades consorciadas sin necesidad de adscribir personal.

Lo cierto es que el artículo 121 LRJSP nos dice que el personal funcionario al servicio de los consorcios habrá de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes pero no nos plantea exactamente cuál pueda ser el correspondiente mecanismo de adscripción. Lo que sí resulta evidente es que las necesarias dotaciones de los puestos de trabajo propios de la estructura de su organización procederán de las Administraciones consorciadas, lo que presupone que dichos puestos de trabajo se proveerán a través de los correspondientes procedimientos de provisión y movilidad. Ello implica que el consorcio como estructura propia habrá de contar con los necesarios instrumentos de gestión de personal, fundamentalmente una plantilla y una relación de puestos de trabajo o instrumento similar en los que puedan encajar los efectivos de las entidades consorciadas. De la misma manera, serán los órganos de gobierno del respectivo consorcio los que podrán convocar los pertinentes procesos de provisión que permitan la cobertura de las necesidades de personal del consorcio. Pero aquí conviene precisar también que a tenor del artículo 81 EBEP 2015 las Administraciones públicas, de manera motivada, podrán trasladar a los funcionarios, por necesidades del servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares. Por lo que en principio, dada la comunicabilidad de régimen jurídico, nada se opone a que los órganos del consorcio puedan solicitar directamente a la Administración de adscripción el personal necesario para el desarrollo de sus funciones, personal con el que, no lo olvidemos, se mantendrá una particular equivalencia en materia de retribuciones, lo que sin duda puede facilitar la adscripción prevista, que en todo caso habrá de respetar las condiciones establecidas en el artículo 81.2 EBEP 2015. De hecho, la asignación de efectivos al consorcio por parte de la Administración de adscripción se puede conseguir a través de la simple técnica del traslado por necesidades del servicio, entendido como un sistema de movilización del personal dentro del mismo sector público⁷⁶². En cuanto al resto de Administraciones públicas participantes en el consorcio lo más sensato sería reconducir la posible adscripción de efectivos procedentes de su función pública a los sistemas ordinarios de concurso y libre designación, es decir, a la provisión ordinaria de puestos de trabajo, lo que implicaría que los funcionarios de carrera que obtuvieran destino en el consorcio a través de dichos procedimientos quedarían respecto de su Administración de origen en la situación administrativa de servicio en otras Administraciones públicas, tal como señala el artículo 84.3 EBEP 2015. Con todo, podría pensarse en una posición alternativa que planteará

⁷⁶² Tal como se puede deducir de las STSJ de Castilla y León de 7 de septiembre de 2012, ROJ: 4445/2012, y de la STSJ del País Vasco de 10 de octubre de 2012, ROJ: 2251/2012.

la posible adscripción directa de los funcionarios propios de las Administraciones consorciadas a las que resultase de aplicación el mismo régimen jurídico de personal a través del mecanismo simple del traslado o la adscripción de puestos de trabajo. Sin embargo, a nuestro parecer, el fundamento último de la adscripción de personal a través de una decisión de traslado, que permite el mantenimiento de la situación de servicio activo, hay que encontrarla fundamentalmente en la particular relación de dependencia que se establece entre el consorcio y su Administración de adscripción⁷⁶³. Para terminar, no estará de más advertir de que, sin duda, se pueden explorar otras posibilidades alternativas, sobre todo a la vista de la previsión establecida en el artículo 84.1 EBEP 2015, en el que se permite a la Administración General del Estado, a las comunidades autónomas y a las entidades locales establecer medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante convenio u otros instrumentos de colaboración. Desde una perspectiva abierta los consorcios son en sí mismos verdaderos instrumentos de colaboración, lo que en buena lógica permitiría a través de sus propios estatutos establecer medidas de movilidad interadministrativa que aseguraran la cobertura de las necesidades del consorcio en base exclusivamente al personal funcionario y laboral de las Administraciones públicas participantes.

Aquí resulta fundamental entender que la posibilidad de contratar directamente personal por parte del consorcio es muy limitada y ha de conectarse con el fundamento último de los consorcios basados en el principio de especialidad de un servicio o de una actividad. La especificidad de un consorcio es una variable de la que existen una multiplicidad de supuestos: auditorios y orquestas, escuelas especiales, campus universitarios, palacios de congresos, centros de investigación, museos, servicios relacionados con la sociedad de la información. Los consorcios son organismos singulares y la especialización técnica del personal a su servicio es una garantía esencial de su eficacia⁷⁶⁴. De ahí que puede no resultar extraño que el personal necesario para asegurar el cumplimiento de las finalidades del consorcio difícilmente se pueda obtener de las plantillas del personal de las entidades consorciadas, con lo que la única opción

⁷⁶³ Tal como se dice en TOSCANO GIL, Francisco. “Otra vez los consorcios administrativos: novedades introducidas por la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 105, 2016, p. 486, la adscripción supone vincular el consorcio a una sola Administración y no a todas las que forman parte del mismo.

⁷⁶⁴ Una advertencia expresa al respecto en CASTILLO BLANCO, Federico A. “La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 99-100, 2014, p. 909. Para un tratamiento del concepto de singularidad que a nuestro entender se relaciona estrechamente con la singularidad del puesto de trabajo y no con la singularidad de la actividad del consorcio, resultan de interés las reflexiones de KONINCKX FRASQUET, Amparo. “El sector público institucional en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, con especial referencia a los consorcios”. *Revista digital CEMCI*. Nº 29, 2016, p. 18.

posible resultaría ser la contratación propia, que a todos los efectos se deberá entender siempre como una excepción al régimen general de adscripción que solo puede activarse cuando no resulte posible contar con personal de las Administraciones participantes en razón de su especialidad o de su inexistencia.

En todo caso, lo cierto es que la adscripción de personal funcionario de las Administraciones públicas participantes al consorcio se va a instrumentar a través de los sistemas de provisión de puestos y movilidad establecidos en la legislación de empleo público en base a las correspondientes previsiones normativas y a las correspondientes reglas para la ordenación de la movilidad interadministrativa que pudieran establecerse entre las entidades consorciadas.

En esa dirección, conviene advertir de la existencia de una triple problemática que podemos expresar de la forma siguiente:

a) No parece que hayan de ser objeto de negociación en el ámbito de las Administraciones participantes y, más concretamente, en el de la Administración pública de adscripción, las medidas concretas de traslado o de adscripción de puestos de trabajo, que aunque pueden adoptarse de forma unilateral en nada modifican las condiciones de trabajo de los funcionarios, tal como prevé el artículo 81.2 EBEP 2015. Lógicamente si dicho traslado o adscripción implica un cambio de lugar de residencia para un grupo de funcionarios resultara necesario proceder a la correspondiente redacción de un plan de ordenación de recursos humanos que, a tenor de lo establecido en el artículo 37.1.c) y m) EBEP 2015, habrá de responder a una serie de criterios generales que deberán ser objeto de negociación. Al margen de ese plan es evidente también que deberán ser objeto de negociación, de acuerdo con lo señalado por el artículo 37.1.m) EBEP 2015, aquellas medidas de movilidad funcional o geográfica que pudieran alterar las correspondientes condiciones de trabajo.

b) Las posibles medidas de movilidad interadministrativa que pudieran establecerse para ordenar la adscripción de efectivos de personal funcionario a la Administración consorcial que consiguieran articularse mediante un convenio u otro instrumento de colaboración interadministrativo a nuestro entender se ubicarían entre los contenidos previstos en el artículo 37.1.m) EBEP 2015, que concretamente se refiere a la negociación de la movilidad funcional y geográfica, lo que sin duda obligaría a su negociación.

c) En este punto hay que advertir de la indudable potencialidad del consorcio como persona jurídica instrumental para convertirse en un ámbito sectorial de negociación. Lo cierto es que a tenor del artículo 118.1 LRJSP resulta indudable que los consorcios son entidades de derecho

público, es decir, que no son entidades territoriales, sino que deben ubicarse dentro de la llamada Administración institucionalizada. El consorcio es una entidad integrada en el sector público institucional de la Administración de adscripción⁷⁶⁵. Si esto es así, el consorcio no puede constituirse en un ámbito general de negociación que solo pueden predicarse a tenor del artículo 34.1 EBEP 2015, de la Administración General del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas, ciudades de Ceuta y Melilla y entidades locales. Cuestión distinta es que dependiendo de la Mesa General de Negociación de la Administración de adscripción, y por acuerdo de la misma pueda constituirse una Mesa Sectorial de negociación, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organización administrativa propia del consorcio, que podrá conocer de los temas que la Mesa General de Negociación de la entidad de adscripción que explícitamente les reenvíe o delegue.

4. Potestad de organización y organización de la función pública

Definir lo que pueda ser la organización de una función pública no es tarea fácil. De entrada puede decirse que organizar el empleo público es crear un marco objetivo de relación entre las personas y las funciones derivadas de las competencias concretas atribuidas a una determinada Administración, así como también ordenar dichas funciones en diferentes tipos de agrupación del modo que resulte más adecuado para garantizar el buen funcionamiento del sistema en su conjunto.

De hecho, toda ordenación de una función pública presupone una estructura profesional de carácter objetivo y subjetivo. La descripción técnica de los cometidos profesionales implica una definición de las responsabilidades que se deberán asumir en función de las necesidades de los servicios. La descripción de los perfiles profesionales contempla los aspectos subjetivos relacionados con la prestación de servicios. La labor de “objetivación” de la relación de servicios se encuentra desde una perspectiva estrictamente organizativa en la ordenación de puestos de trabajo. La categorización subjetiva exige definir previamente un sistema de calificaciones profesionales que permita el encuadramiento del empleado público.

La base de la organización de un empleo público se va a encontrar, pues, en los elementos de ordenación necesarios para concretar el contenido funcional y profesional de la relación de empleo. De hecho, la estructuración de una función pública se materializa en base a una serie

⁷⁶⁵ Como se señala en TOSCANO GIL, Francisco. Otra vez los consorcios administrativos, *ob.cit.*, p.485.

de instrumentos que se proyectan sobre los regímenes jurídicos de personal, la agrupación y la ordenación de puestos de trabajo, los cuerpos y escalas, y los restantes sistemas de clasificación de personal⁷⁶⁶.

Los aspectos mencionados definen el régimen jurídico del funcionario con carácter previo al establecimiento de una determinada posición subjetiva y tienden a configurar una organización burocrática que permanece externa a la determinación del contenido de la prestación que resulta enmarcada por un sistema de derechos y deberes derivados del correspondiente régimen estatutario.

Dicho sistema de ordenación, que se quiere racional y abstracto, pensado siempre en interés del servicio público, viene a ser el mecanismo jurídico que conecta el propio estatuto con el régimen jurídico del funcionario mismo actuando como un elemento orgánico que determina la relación de servicio.

Este perfil organizativo aparece diferenciado para cada una de nuestras Administraciones que pueden estructurarlo en base a un principio de separación y de independencia de gestión de cada centro autónomo de decisión, un modelo que puede contraponerse al que concibe todas las Administraciones como un único espacio con derecho a ser ocupado por agrupaciones funcionariales de diseño y dirección única, rompiendo con lo que se entiende por organización separada o autónoma de las burocracias públicas.

Así, el concepto organización de la función pública ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia en la STC 76/1983, de 5 de agosto, al tratar del reparto de competencias en materia de función pública. La argumentación de las comunidades autónomas frente a un modelo que se entiende armonizador del sistema de función pública, pasa aquí por distinguir entre estatuto jurídico y modelo de organización de la función pública. El planteamiento es sencillo: frente a una competencia básica del Estado para definir las reglas esenciales del régimen jurídico del estatuto de los funcionarios se quiere afirmar un espacio propio y diferenciado de competencia exclusiva de las comunidades autónomas para organizar su burocracia. Se pretende desvincular así el régimen jurídico de los funcionarios de la organización de una función pública que ha de servir a unas Administraciones dotadas de autonomía propia, modelo que puede variar según las distintas opciones y combinaciones de los elementos existentes que puedan establecerse en

⁷⁶⁶ En la doctrina clásica, JEZÉ, Gastón. Principios generales del derecho administrativo, *ob.cit.*, p. 103-104, advertirá que organizar un servicio es decidir su modo de explotación y, si se opta por la gestión directa, determinar el número, categoría, jerarquía y disciplina de los agentes que se encargarán del buen funcionamiento del mismo.

base a una política de personal que conecta la facultad de organizar el servicio con la articulación de la función pública que se le pudiera adscribir sin que ello suponga mermar los necesarios elementos de cohesión y comunicación que garanticen el principio de cooperación sobre el que pueda descansar un modelo de función pública relativamente autónomo pero también integrado.

A partir de aquí, la diferenciación que se plantea es simple: el estatuto de los funcionarios públicos como un sistema de derechos y deberes; la organización de la función pública como la construcción coherente de un sistema de instituciones propias con capacidad para incluir la definición de los cuerpos, escalas, clases, categorías y de los puestos de trabajo, la existencia de personal diverso pero complementario del funcionariado, las condiciones de ascenso y traslado en el empleo público y, en definitiva, todo lo que pueda responder al concepto “organización de la función pública”.

En consecuencia, esta tesis concluye que corresponde al Estado la fijación de las bases o principios del régimen estatutario de los funcionarios y que ha de corresponder a las comunidades autónomas, de acuerdo con sus respectivos Estatutos, la organización de la función pública de su propia Administración así como la de los entes locales de su territorio.

Como sabemos, la contestación del Tribunal Constitucional a los razonamientos de las comunidades autónomas consistirá en advertir de que el artículo 149.1.18 de la Constitución reconoce al Estado competencia exclusiva para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios.

De ello deriva una doble competencia estatal en la materia:

a) Competencia para regular los aspectos básicos de la situación personal de los funcionarios públicos, es decir, de la denominada relación de servicio, contenido indiscutible del régimen estatutario.

b) Competencia para regular los aspectos esenciales de la organización de la burocracia de las Administraciones públicas, pues la expresión “régimen jurídico” contenida en el precepto constitucional no se refiere exclusivamente al procedimiento y al régimen de recursos, y ha de entenderse incluida en ella la regulación básica de la organización de todas las Administraciones públicas.

De esta manera se acaba diferenciando una materia o una parte de una materia que se define como “organización de la burocracia de las Administraciones públicas”. Dicha materia aparece

estrechamente relacionada con la potestad de organización que corresponde a las entidades territoriales dotadas de autonomía para ordenar sus servicios, de los que el personal es uno de los sus elementos esenciales. La materia en cuestión deberá situarse en el ámbito del régimen jurídico de las Administraciones públicas debidamente separada de las reglas que regulan la situación personal de los funcionarios, un contenido propio e indiscutible del régimen estatutario.

A tenor de los que nos dirá la STC 99/1987, de 11 de junio, las normas ordenadoras del estatuto de los funcionarios públicos serán las que interesen a las relaciones entre estos y la Administración a la que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que puede nacer y desenvolverse la condición de funcionario, pero no las directamente ordenadoras de la estructura del empleo público.

Existe, pues, un espacio que podemos definir como organización o estructuración de la función pública al margen del régimen estatutario que define la posición subjetiva del funcionario como un sistema de derechos y deberes. Su cometido esencial consiste en determinar, encuadrar, asignar y modificar efectivos y funciones. Dicho espacio, como mínimo, vendría a coincidir con el elenco de cuestiones abordadas en el Título V EBEP 2015, relativo a la ordenación de la actividad profesional, y de una forma más concreta con su Capítulo I, dedicado a la planificación de recursos humanos, y con su Capítulo II, referido a la estructuración del empleo público⁷⁶⁷. De hecho, en dicho espacio podemos distinguir dos sectores diferenciados. El Capítulo I, del Título V EBEP 2015, trata de la planificación de los recursos humanos de las Administraciones Públicas. Pero en él se regulan tres instrumentos muy distintos: los planes para la ordenación de los recursos humanos (artículo 69.1 EBEP 2015), la oferta pública de empleo (artículo 70 EBEP 2015) y los registros de personal (artículo 71 EBEP 2015). En realidad, la oferta pública de empleo y el registro de personal no son propiamente instrumentos de planificación. Con todo, lo cierto es que la oferta pública de empleo aún mantiene una cierta relación con la planificación en lo que respecta a la determinación de los efectivos que han de

⁷⁶⁷ Al ámbito mencionado se podrían añadir aspectos sustanciales del Título II, Personal al servicio de las Administraciones Públicas, concretamente de su capítulo I, clases de personal, y de su capítulo II, Personal directivo. No olvidemos, que la STC 156/2013, de 23 de septiembre, ha conectado la definición de los distintos tipos de personal al servicio de las Administraciones públicas, con un principio estructural organizativo que se proyecta sobre el sector público en su conjunto, es decir, la definición, siquiera genérica, de las clases y tipos de personal forma parte de las estructuras organizativas del empleo público. De la misma manera, la STC 132/2012, de 19 de junio, acepta que la introducción de órganos de carácter burocrático y naturaleza directiva en la estructura de una entidad local integra un contenido eminentemente organizativo. También, en dicho ámbito se podría llegar a incluir la concreción y combinación de las distintas modalidades de carrera profesional y sistemas de evaluación del desempeño previstas en el Título III. Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos, Capítulo II, Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño.

ser objeto de selección para garantizar la prestación de los servicios pero no es propiamente un instrumento de carácter previsor o corrector, sino más bien un instrumento de gestión de la provisión de las necesidades de personal previamente determinadas para un ciclo presupuestario. El registro de personal mantiene una relación muy indirecta con los anteriores instrumentos. Se trata básicamente de un instrumento de información que permite a la Administración disponer de datos relativos a su personal y al de su respectivo sector público para satisfacer sus necesidades de gestión⁷⁶⁸. La planificación, como ahora se verá, seguramente es otra cosa. El segundo de los ámbitos sobre los que debemos proyectar nuestra atención, es el contenido en el Capítulo II, del Título V EBEP 2015, que regula la estructuración del empleo público. De hecho el título es suficientemente significativo al efecto incluyendo las principales estructuras que ordenan una función pública como pueden ser los puestos de trabajo, los cuerpos o escalas de funcionarios y la clasificación profesional del personal laboral.

4.1. La planificación como sistema de ordenación del personal

La función de la planificación de los recursos humanos en el sector público consiste en facilitar la disposición en el momento adecuado de los empleados y de las competencias necesarias para la adecuada prestación de los servicios. Para ello, los planes de recursos humanos de carácter más estratégico han de especificar los objetivos a conseguir en materia de personal relacionados con los efectivos y la estructura de recursos humanos que se considere más ajustada para contribuir al buen funcionamiento de los servicios públicos. Se trata pues de definir las necesidades cualitativas y cuantitativas de personal para permitir que la actuación administrativa alcance los resultados perseguidos. Conviene subrayar que en nuestra experiencia histórica sobre planificación de recursos humanos, el artículo 2 RIPPAGE, distingue entre los Planes Integrales de Recursos Humanos, que constituyen el instrumento básico de planificación global de estos en los ámbitos correspondientes, especificando los objetivos a conseguir en materia de personal, los efectivos y la estructura de recursos humanos que se consideran adecuados para cumplirlos, y los Planes Operativos de Recursos Humanos, que se limitan a procurar una mejor utilización de los recursos humanos existentes.

⁷⁶⁸ Seguimos en estas líneas el trabajo de ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep. “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público”. DEL REY GUANTER, Salvador (Dirección). *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: La Ley, 2008, p. 740-741. Considerando la oferta de empleo público como una expresión del ejercicio de la función planificadora por parte de las Administraciones empleadoras, ARROYO YANES, Miguel. Los instrumentos de gestión del empleo, *ob.cit.*, p. 59-62.

A nuestro entender pueden diferenciarse dos tipos o modelos de planificación para la determinación de efectivos. Podríamos hablar perfectamente de una planificación preventiva que debería correr paralela a la creación de un servicio y a la disposición del correspondiente aparato público que deberá actuar como instrumento del mismo. Esta planificación incorporaría la justificación de la estructura organizativa elegida, la determinación de sus órganos directivos, y la previsión, en términos cualitativos y cuantitativos, de los recursos humanos necesarios para su correcto funcionamiento. A través de estas medidas lo que se pretendería es “establecer” una correcta estructura de personal y dimensionar adecuadamente la asignación de efectivos. Dicha planificación puede y debe distinguirse de otra más correctiva, que intentaría ordenar posibles modificaciones o transformaciones de la estructura organizativa o hacer frente a los desfases cuantitativos o cualitativos que se hayan podido producir en la disposición de los recursos humanos⁷⁶⁹.

Por tanto, a través de la planificación de estructuras y efectivos podrían introducirse una serie de decisiones sobre el modelo de organización y ordenación de los recursos humanos de una determinada entidad pública. Estas decisiones pasarían por una adecuada definición de aspectos tales como pueden ser los sistemas de organización del trabajo, las estructuras de puestos de trabajo, el número y la distribución del personal, su calificación profesional, sus niveles de estabilidad y sus posibilidades de movilidad y de carrera profesional. La forma en que se llegaran a analizar y configurar estos aspectos permitiría diversas opciones y, sobre todo, admitiría la conformación de modelos propios de organización de los recursos humanos en función de las necesidades de una serie de organismos públicos que se pueden llegar a enfrentar a servicios y actividades de muy diverso tipo⁷⁷⁰.

Con todo, desde una perspectiva estricta de gestión, la planificación de recursos humanos no es más que la determinación de los objetivos que debe cumplir una unidad institucional y de los

⁷⁶⁹ Los conceptos de planificación integral, planificación estratégica y planificación operativa se utilizan en algunos de nuestros textos jurídicos para validar única y exclusivamente la existencia de dos tipos de instrumentos: un instrumento de planificación de carácter global que ha de servir de marco de actuación de la política de personal asegurando una adecuación eficaz y mantenida entre las competencias de las personas y las exigencias de los empleos, preparando a los empleados de hoy para ocupar los puestos de mañana y diseñando procesos de desarrollo de competencias que permitan una mejor visibilidad del devenir profesional; un instrumento de intervención para la corrección de los desequilibrios existentes que consiste básicamente en la realización de acciones puntuales de redimensionamiento o racionalización de la gestión de los recursos humanos. Como ya se ha visto, el concepto de planes integrales de recursos humanos y de planes operativos de recursos humanos se contiene en el artículo 2 del RIPPAGE, mientras que el de planificación estratégica de los recursos humanos se ubica en el artículo 37.1.m) EBEP 2015, entre las materias que han de ser objeto de negociación: “los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos”.

⁷⁷⁰ Al respecto, PALOMAR OLMEDA, Alberto. Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización. Madrid: Lex Nova, 2015, p. 117.

medios personales y materiales que se necesitan para la obtención de los mismos. Se trata pues de conseguir una correcta disposición de medios con carácter previo o posterior al diseño de una organización pública. Cuestión distinta son los instrumentos de planificación y las medidas que pueden incorporarse a los mismos. Medidas que en sí mismas consideradas pueden no ser otra cosa que la previsión de otras que habrán de producirse a través de medios e instrumentos expresamente determinados en el ordenamiento general del empleo público o considerarse como elementos específicos de ejecución de los mismos⁷⁷¹.

En todo caso las previsiones del EBEP en esta materia son relativamente parcas y parecen no tener una finalidad bien definida. El artículo 69 EBEP 2015 se limita a enunciar los objetivos de la planificación que consisten en contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos disponibles mediante la dimensión adecuada de sus efectivos, su mejor distribución, formación, promoción profesional y movilidad.

Para ello las Administraciones podrán aprobar planes para la ordenación de recursos humanos. Dichos instrumentos de planificación, incluirán, entre otras, algunas de las siguientes medidas: análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de calificación de los mismos; previsiones sobre los sistemas de organización del trabajo y modificaciones de estructuras y puestos de trabajo; medidas de movilidad, entre las cuales podrá figurar la suspensión de incorporaciones de personal externo a un determinado ámbito o la convocatoria de concursos de provisión de puestos limitados a personal de ámbitos que se determinen; medidas de promoción interna y de formación del personal y de movilidad forzosa; previsión de la incorporación de recursos humanos a través de la oferta de empleo público.

En cuanto a la legislación de desarrollo de las comunidades autónomas en esta materia poco o nada añaden a lo visto hasta el momento:

a) El artículo 45 de la Ley 10/2010, de 29 de junio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana (LFPV), señala que la Administración podrá aprobar planes para la ordenación de su personal, previo análisis de las disponibilidades y necesidades del mismo,

⁷⁷¹ Tal como se dice en PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La planificación del empleo público y su ejecución: las medidas de redimensionamiento en el ámbito de las Administraciones públicas”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús (Director). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Madrid: Aranzadi, 2014, p. 233.

tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

b) Mucho más incisivo resulta ser el artículo 17 de la Ley 42/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha (LEPC-LM), donde se distingue entre planes generales de ordenación del empleo público dirigidos a transformar la dotación inicial en la que resulte acorde con la estructura del empleo público que se pretenda, y programas específicos para lograr una mejor utilización del personal en áreas determinadas.

c) El artículo 26 de la Ley 13/2015, de 8 de abril, de Función Pública de Extremadura (LFPE), adopta una visión clásica permitiendo a las Administraciones de Extremadura aprobar planes para la ordenación de su personal previo análisis de las disponibilidades y necesidades del mismo, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos.

d) El artículo 47 de la Ley 2/2015, de 29 de abril, del Empleo Público de Galicia (LEPG), advierte que las Administraciones pueden elaborar planes de ordenación para la óptima utilización de los recursos humanos en el ámbito al que afecten, dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de personal. La elaboración de dichos planes vendrá precedida de un análisis de las disponibilidades y necesidades de personal, desde el punto de vista tanto del número de efectivos como de sus perfiles profesionales o niveles de calificación, en el conjunto del personal de la respectiva Administración, o en un determinado sector orgánico o funcional de la misma.

Este esquema funcional se mantiene con más o menos matices en las distintas leyes de función pública. Sin embargo, no estará de más recordar que la concepción originaria de la planificación de los recursos humanos prevista en la LMF RJFP, que alumbró las figuras de los planes de empleo, residía en tratar de adecuar el mercado interno de trabajo a las necesidades reales de la propia Administración con el fin de incrementar la eficiencia de la misma. Es decir, los planes de empleo eran por naturaleza planes “correctivos” o si quiere planes de racionalización de estructuras y de redimensionamiento de plantillas comprensivos de una serie de medidas propias de un tratamiento de excepción del personal ante las exigencias de funcionamiento de una concreta Administración⁷⁷².

⁷⁷² El concepto “reestructuración” es en sí mismo una noción vaga y elástica referida a modificaciones de una verdadera entidad producidos sobre una determinada estructura que puede provocar cambios esenciales en cuanto a la organización del trabajo y las relaciones de empleo, tal como se dice en ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. “Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito

Por tanto, los planes de empleo se planteaban en su momento como un esquema de previsiones y de medidas excepcionales de actuación que implicaban la supresión de estructuras y de puestos de trabajo, con el arrastre de las correspondientes dotaciones de personal, la suspensión de incorporaciones, la reasignación de efectivos de personal, la previsión de su excedencia o jubilación voluntaria y, en última instancia, fracasadas todas las opciones internas de reubicación o disposición, la salida forzosa de la organización pública a través de una suspensión temporal de la relación de carácter indefinido⁷⁷³.

Para conseguir estos objetivos, la LMFRJFP, introduce en la función pública sistemas excepcionales de provisión de puestos de trabajo, como pueden ser la redistribución y la reasignación de efectivos o la movilidad por cambio de adscripción del puesto de trabajo, replantea o crea nuevas situaciones administrativas, como es la expectativa de destino, la excedencia voluntaria incentivada o la excedencia forzosa, e incluye elementos que permiten un cese progresivo de actividades a los funcionarios, como los configurados por la reducción de jornada laboral para los funcionarios de más edad o la jubilación voluntaria incentivada. En consecuencia, el esquema de la reforma del régimen jurídico de la función pública planteado en el año 2003 es simple: un instrumento de planificación que permite y facilita la recolocación, la incentivación de la salida voluntaria de la organización y la suspensión forzosa de la relación.

Dicho instrumento de planificación parece mutar en el artículo 69.1 EBEP 2015. Los nuevos planes de ordenación de recursos humanos aparecen desprovistos de una serie de medidas operativas que permitían los planes de empleo. La planificación se configura ahora como un instrumento “dulce” que pretende contribuir a la consecución de la eficacia y la eficiencia en los servicios públicos a través de un dimensionamiento adecuado de los efectivos y las necesidades de personal en base a su mejor distribución, promoción y formación. Por tanto, los nuevos planes de ordenación de recursos humanos son cualitativamente diferentes de los anteriores planes de empleo. El planteamiento es simple: la planificación de recursos humanos excluiría ahora determinadas medidas traumáticas de suspensión o extinción de la relación activa en el empleo público y apostaría por la reorganización de efectivos fundamentada en su

laboral”. ESCUDERO RODRIGUEZ, Ricardo (Coordinación). *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*. Madrid: Editorial Cinca, 2016, p. 22-23.

⁷⁷³ Desde esta premisas, la planificación fue concebida pensando más bien en una dimensión exclusivamente cuantitativa que se centraba de modo principal en el número de efectivos existentes y en el número de efectivos sobrantes y su posterior recolocación o expulsión de la organización, tal como se dice en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Instrumentos para la reorganización del personal en los supuestos de adaptación, modificación o extinción de unidades administrativas. Especial referencia a los planes de ordenación de recursos humanos”. CASTILLO BLANCO, Federico A. (Director). *La reforma del sector público*. Sevilla: Instituto García Oviado, 2014, p. 244-246.

mejor distribución, formación, promoción y movilidad. Una visión esta que parece discutible dado que las posibles medidas a incluir tienen un carácter abierto y los planes de ordenación de recursos humanos pueden adoptar una textura variable⁷⁷⁴.

En el ámbito de la Administración local, hay que señalar que la disposición adicional 21ª LMRFP, estableció específicamente que, de acuerdo con su capacidad de autoorganización, las Corporaciones locales podían adoptar, además de los planes de empleo, otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades. Dichos sistemas podían incluir todas o alguna de las medidas previstas como contenido de los planes de empleo, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación forzosa. El precepto mencionado no ha sido suprimido por la disposición derogatoria única EBEP 2015. Es más, el artículo 69.3 EBEP 2015, señala expresamente que cada Administración planificará sus recursos humanos de acuerdo con los sistemas que establezcan las normas de aplicación.

En concreto, la habilitación se hace a cada Administración sin necesidad de tener que esperar a la regulación del pertinente instrumento a través de una norma legal posterior que lo pudiera habilitar, lo que permite a las corporaciones locales la elaboración de los correspondientes planes de ordenación de recursos humanos que pueden contener las medidas previstas en el artículo 69 EBEP 2015 y en la disposición adicional 20ª LMRFP u otras de similares.

En una interpretación poco matizada la función última de la planificación de efectivos sobre una estructura determinada suele describirse de la manera siguiente:

a) Los planes de ordenación de recursos humanos son desde un punto de vista estratégico instrumentos técnicos de previsión de efectivos y competencias que procuran acomodar las disponibilidades y las necesidades de personal, tanto desde el punto de vista del número de efectivos, como del de los perfiles profesionales o niveles de cualificación de los mismos. Su función es aquí netamente adaptativa, tendente a asegurar una adecuación eficaz y mantenida en el tiempo entre el número de personas, sus competencias profesionales y las exigencias objetivas de los puestos de trabajo.

b) Los planes de ordenación de recursos humanos pueden presentarse perfectamente como planes de carrera. Definen y estructuran las diferentes líneas de promoción profesional

⁷⁷⁴ Por eso resulta de interés aquí la cita del artículo 17 LEPC-LM donde se advierte que los planes generales de ordenación del empleo público y los programas específicos pueden incluir entre otras las siguientes medidas: 1) Previsiones sobre modificaciones de estructuras organizativas y de puestos de trabajo, entre las cuales podrá figurar la creación, redistribución y amortización de plazas; 2) Medidas de movilidad voluntaria y forzosa; 3) Medidas sobre jubilación voluntaria y forzosa.

entendidas como vías predefinidas, lineales y ascendentes, regidas por reglas estrictas y previsibles.

c) Los planes de ordenación de recursos humanos pueden atender en el seno de una organización a la gestión de la edad y a la transferencia de saberes y competencias en base a políticas específicas de reclutamiento, selección y promoción.

d) Los planes o programas de ordenación de carácter más operativo pueden ser planes de reorganización o racionalización de estructuras administrativas y, consecuentemente, de redimensionamiento de plantillas, que incluyan ajustes en el número de efectivos y/o en sus condiciones de trabajo.

Lo cierto es que en sí mismos considerados, los planes de ordenación de recursos humanos cumplen, hoy por hoy, esencialmente finalidades correctivas o adaptativas, que se pueden describir de la forma siguiente:

a) Contribuyen a la obtención de la eficacia en la prestación de los servicios a través de un dimensionamiento adecuado de los efectivos de personal y de la asignación racional de los mismos.

b) Garantizan la potenciación de determinados perfiles profesionales posibilitando la sustitución del grupo de clasificación profesional por otros de carácter superior, utilizando los correspondientes sistemas de promoción profesional o procediendo a la sustitución del puesto por otro de superior en responsabilidad, retribución y estatus, utilizando los sistemas de provisión de puestos de carácter vertical.

c) Promueven una utilización y distribución adecuada de los efectivos existentes mediante una serie de técnicas de movilidad funcional que permiten una gestión flexible de los recursos de personal. Ello puede implicar una redistribución de dotaciones de un mismo puesto entre diferentes unidades, áreas y sectores con necesidades específicas en función de las cargas de trabajo, pero puede conllevar también el traslado de personas o la adscripción de puestos a unidades, áreas o sectores distintos en base a necesidades de servicio o la reasignación a otros puestos similares, con la consiguiente modificación de las funciones que venían constituyendo la prestación habitual por otras propias de un distinto puesto de trabajo o por aquellas que les puedan ser encomendadas en base a nuevos criterios de actuación que deberán ser adecuadas a su clasificación profesional. Dichas posibilidades pueden comportar también un cambio de

adscripción orgánica o de destino que modifique la determinación espacial de la relación de servicio.

d) Determinan necesidades específicas de formación para resolver los requisitos competenciales derivados de los procesos de transmisión y conservación del conocimiento, de la promoción o de la movilidad que se demandan el ajuste del personal a las necesidades reales de las tareas que hayan de ser asumidas en el seno de la organización.

En síntesis, los planes de ordenación de recursos humanos inciden sobre la estructura y la ordenación del empleo público pero no la disponen, ni la definen en sus elementos básicos o esenciales. Es decir, los planes de ordenación de los recursos humanos no tienen, hoy por hoy, como función principal disponer la organización de un sistema de empleo público; su finalidad última es otra: corregir, modificar o adaptar los sistemas de organización y de disposición de efectivos a las necesidades existentes en un determinado momento. Por tanto, su función es ordenar los cambios en una determinada organización de trabajo y sistema de relaciones de empleo, pero no consiste en disponerlos o estructurarlos.

4.2. Las políticas de empleo y las ofertas públicas de empleo

En nuestro sistema de empleo público la planificación está en función de las propias necesidades de la organización sin imponerse a la misma. Se configura, pues, como un elemento que se puede adoptar por cada Administración con el objeto de dimensionar adecuadamente sus efectivos, lograr su mejor distribución y facilitar la promoción y la movilidad. Como se ha dicho, la perspectiva adoptada sitúa la planificación en una posición carácter instrumental: lograr la mejor distribución y utilización de los recursos disponibles⁷⁷⁵.

Se trata, por tanto, de una concepción limitada que muy a menudo suele prescindir de la necesaria ordenación de la política de empleo en el sector público. Las políticas de empleo, o si se quiere, las políticas de disciplina del empleo público son otra cosa. De entrada, conviene advertir de que toda decisión de creación de una vacante o de disposición de una vacante ya existente presupone una primera tarea de reflexión y valoración sobre su necesidad y sobre la

⁷⁷⁵ Tal como se señala en PALOMAR OLMEDA, Alberto. Planificación del empleo público, *ob.cit.*, p. 87.

urgencia de su cobertura. De ahí la íntima conexión que relaciona las funciones organizativas con las selectivas⁷⁷⁶.

Dada la necesidad de una determinada posición -llamémosla nombramiento o contrato- no se puede olvidar tampoco el amplio margen de libertad que ostentan las Administraciones para la nominación de personal no permanente y para la apreciación de las razones que pueden llegar a justificar la utilización de posiciones temporales y el encadenamiento de las mismas a través de su sucesiva renovación, libertad que se encuentra escasamente condicionada por normas de derecho objetivo que obliguen a la creación de puestos estructurales para la cobertura de las necesidades estables y permanentes de los distintos servicios.

Obviamente, esa libertad presupone una indudable capacidad para adaptar el volumen del empleo a las necesidades públicas que resulta directamente dependiente de las características de las diversas modalidades de nombramientos no permanentes, en términos de requisitos y costes de utilización y de las necesidades a cubrir, cuya cobertura provisional pueden estar plenamente justificadas por razones objetivas que pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas por desempeñar, por la necesidad de organizar los servicios de manera que se garantice una proporción constante entre el número de las personas que los ha de atender y el de los usuarios que los demanden o por la persecución de un objetivo legítimo de política social como pueden ser la conciliación de la vida laboral.

Sin duda todos estos elementos en su conjunto proporcionan una visión de una organización del empleo más o menos estructurada en torno al binomio permanencia/no permanencia. Desde esta perspectiva aparece como un imperativo cada vez mayor distinguir entre puestos estructurales y puestos de duración media o corta –entre dos y cinco años- de acuerdo con la duración y la naturaleza de la acción pública que se debe ejecutar. Esto plantea la necesidad de objetivar la creación de posiciones con período limitado de existencia y el sistema de limitaciones y controles que se requieran y sean posibles⁷⁷⁷.

Las políticas de empleo son pues políticas de nombramiento y contratación. Es decir, aquellas que disciplinan esta materia y al hacerlo definen la estructura de los recursos humanos de una determinada organización en torno a parámetros como pueden ser los de provisionalidad,

⁷⁷⁶ En esta dirección, ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004, p. 345-346.

⁷⁷⁷ La reflexión en LOSADA, Carlos; ALBAREDA, Adrià; LONGO, Francisco; FÉREZ, Manuel. *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2017, p. 130.

temporalidad o permanencia y estabilidad en el empleo público. Dichas políticas presuponen limitaciones en la capacidad de nombramiento o contratación, preferencias en el tratamiento de determinados sectores de empleo público considerados como prioritarios o promoción o limitación de determinados vínculos de carácter no permanente que se deducen de la consideración de la relación estable y permanente como forma común de la prestación de servicios que contribuye a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su profesionalidad y rendimiento sin que ello nos impida admitir que en determinadas circunstancias de carácter objetivo las relaciones de empleo de duración determinada pueden responder a necesidades objetivas y resultar de utilidad para resolver con flexibilidad determinadas situaciones atinentes a las necesidades de los servicios públicos.

Se quiera o no, hoy por hoy, el único instrumento a través del cual se ha pretendido ofrecer una respuesta a la necesidad de instrumentalización de las políticas de empleo en el sector público es la oferta pública de empleo.

De hecho, en su planteamiento la oferta pública de empleo resulta ser un instrumento humilde. Se la ha considerado siempre como un instrumento de gestión de procesos selectivos a través del cual se da a conocer a los ciudadanos las plazas vacantes de las diferentes estructuras profesionales que se pretenden cubrir en un determinado ejercicio presupuestario.

En su planteamiento originario la oferta pública de empleo tenía sin duda otro calado. Trataba de recoger y coordinar la demanda global de servicios profesionales de un determinado sector público, de forma que existiera un mecanismo de relación entre ofertantes y demandantes de servicios que articulara una variada gama de expectativas⁷⁷⁸.

En el redactado original del artículo 18 LMRFP, la oferta de empleo público se configuraba como un sistema de programación de ciclo anual para el reclutamiento de personal permanente que venía definido por los elementos siguientes:

- a) Las plazas dotadas que no pudieran ser cubiertas con los efectivos de personal existente constituían la oferta de empleo.
- b) Dicha oferta debía contener necesariamente todas las plazas dotadas y presupuestadas que se encontraran vacantes.

⁷⁷⁸ ESCUIN PALOP, Vicente M. El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas. Madrid: INAP, 1986, p. 157.

c) La publicación de la oferta obligaba a los órganos competentes a proceder, dentro del primer trimestre de cada año natural, a la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso a las plazas vacantes comprometidas en la misma.

d) Las convocatorias derivadas de la oferta de empleo tenían que indicar el calendario preciso de realización de las pruebas que debían concluir antes del 1 de octubre de cada año.

La coherencia interna del precepto mencionado radicaba en la estrecha conexión que se establecía entre la oferta y el ciclo anual del presupuesto. Dicha coherencia ha ido desapareciendo a lo largo del complejo proceso de reformas que ha padecido el instituto al que nos referimos en los últimos tiempos.

De hecho, la redacción actual del artículo 70 EBEP 2015 que lo regula se limita a los aspectos siguientes:

a) Las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso serán objeto de la oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de las necesidades de personal.

b) La oferta de empleo público u otro instrumento similar se aprobará anualmente por los órganos de gobierno de las Administraciones públicas.

c) La aprobación de la oferta de empleo público comportará la obligación de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas fijando el plazo máximo para la convocatoria de los mismos.

d) La ejecución de la oferta deberá desarrollarse dentro del plazo improrrogable de tres años.

e) La oferta de empleo público podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos.

Estas previsiones deben completarse con lo establecido en los artículos 10.4 y 59 EBEP 2015, donde se señala lo siguiente:

a) Las plazas vacantes no cubiertas por funcionarios de carrera y desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo público correspondiente al ejercicio de su nombramiento y, si no fuera posible, en el siguiente.

b) En las oferta de empleo público ser reservará un cupo no inferior al siete por ciento de las vacantes para ser cubiertas entre personas con discapacidad.

Sobre este marco normativo, lo cierto es que poco añaden las regulaciones propias de las leyes de función pública de las comunidades autónomas. Con todo, dos tipos de normas han de llamar nuestra atención:

a) La primera, la que amplía el deber de convocar las plazas vacantes desempeñadas por interinos a las vacantes desempeñadas por personal laboral temporal, tal como se prevé en el artículo 18.5 LFPV y en el artículo 48.1 LEPL. De una forma más específica el artículo 29 LFPE, señala que las plazas vacantes desempeñadas por personal funcionario interino, laboral indefinido no fijo o con contrato de interinidad deberán incluirse en la oferta pública correspondiente al ejercicio en que se produce su nombramiento o contratación o, si no fuera posible, en la inmediatamente posterior, salvo que se decida su amortización.

b) La segunda atiende a la consideración de las plazas estructurales cubiertas con relaciones de trabajo de duración determinada. Ello se hace de dos distintas formas. La primera, contenida en el artículo 9.5 LEPL-LM y en el artículo 33.4 LFPE, preceptos en los que se señala que agotado el plazo autorizado de dos años para la ejecución de programas de carácter temporal que autorizan el nombramiento de funcionarios interinos, deberá analizarse la necesidad de modificación de la relación de puestos de trabajo para garantizar la adecuada prestación de los servicios por parte del personal funcionario de carrera en el caso de que persista la necesidad que motivo la aprobación de dicho programa temporal. La segunda, más enérgica, en la que se advierte de que las relaciones de puestos de trabajo serán objeto de las modificaciones necesarias para ajustarlas a la creación de puestos derivados de sentencias judiciales firmes que reconozcan situaciones laborales de carácter indefinido, advirtiendo asimismo de que los puestos así creados se incorporarán a la oferta de empleo público, salvo que se decida su amortización.

Volviendo ahora al marco general que es objeto de nuestro análisis, si se examina con atención lo dicho hasta el momento puede advertirse que los preceptos mencionados contienen una serie de deberes u obligaciones implícitas que actúan como verdaderos límites a la capacidad de disposición de nuestras Administraciones sobre una política de empleo que puede actuarse en base a su potestad de organización⁷⁷⁹.

Nótese al respecto que dichos límites pueden relacionarse de la forma siguiente:

⁷⁷⁹ La afirmación en ARROYO YANES, Luis Miguel. *Los instrumentos de gestión del empleo público*. Madrid: INAP, 2016, p. 86-91.

- a) La obligación de aprobar una oferta de empleo público anualmente y de convocar los correspondientes procesos selectivos para las plazas comprometidas en el plazo máximo fijado en la misma.
- b) El deber de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes desempeñadas por funcionarios interinos correspondiente al ejercicio de su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente.
- c) El deber de desarrollar la oferta de empleo público dentro del plazo improrrogable de tres años.

Dichas obligaciones o deberes pueden condicionarse desde otra de las funciones que se atribuyen a la oferta de empleo público: las políticas de control de gasto de personal. De hecho, la necesidad de que todas las Administraciones aprueben y tramiten de manera sistemática convocatorias periódicas de selección que permitan la cobertura de sus necesidades de personal se ha visto seriamente condicionada a través de la regulación presupuestaria de la oferta de empleo público que se ha venido utilizando como un vehículo más de disciplina financiera sobre los costes de personal.

Concebida la oferta como un instrumento básico de la política de empleo estrechamente relacionada con los objetivos establecidos en la política económica general de corrección del déficit público, sustentada en la competencia básica estatal en materia de planificación general de la economía del artículo 149.1.13 CE, la ley presupuestaria que regula la oferta de empleo público se ha utilizado para reestructurar el empleo público disminuyendo el número de sus efectivos permanentes y concentrándolos en determinados servicios que se consideran prioritarios.

Las leyes presupuestarias que regulan la oferta de empleo público han acabado configurando un verdadero estado de excepción de dicha institución cuya necesaria aprobación anual ha sido suspendida o cuya virtualidad ha quedado seriamente comprometida en base a prohibiciones expresas de incorporar nuevo personal con la única excepción de una llamada tasa de reposición de efectivos –cálculo entre el personal que causó baja y el que ingresó en cada uno de los sectores, ámbitos, cuerpos o categorías- que ha resultado ser ciertamente exigua durante el período iniciado en el año 2012 y mantenido hasta el año 2015, tasa que en el mejor de los casos se proyecta sobre los llamados sectores, funciones o Administraciones prioritarias que se definen en la propia ley presupuestaria, y que acaba delimitando el número máximo de plazas

de nuevo ingreso que se pueden incorporar a la oferta de empleo al margen de las vacantes existentes y presupuestadas en las correspondientes plantillas.

Por si eso fuera poco, el deber de las Administraciones de incluir en las ofertas de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección establecido en el artículo 10.4 EBEP 2015, que se había conectado en nuestra primera jurisprudencia con el ejercicio efectivo del derecho fundamental de acceso en condiciones de igualdad a la función pública, advirtiendo de que no hay mayor negación del derecho consagrado en el artículo 23.2 CE que la negación de los procesos de selección legalmente establecidos, sin que se puedan alegar motivos económicos y de autoorganización para impedir la oferta de unas plazas que están presupuestadas y ocupadas por personal interino⁷⁸⁰, ha sufrido un serio contratiempo en base al cambio producido en los últimos pronunciamientos donde se ha afirmado que en materia de oferta de empleo público se ha de estar a la regulación de cada período y, más concretamente, a la determinada por la Ley General de Presupuestos de cada ejercicio que puede decir establecer una tasa de reposición de efectivos que a todos los efectos puede exceptuar la previsión del artículo 10.4 EBEP para el año en curso⁷⁸¹.

Lo que ocurre es que la prohibición de incorporar personal de nuevo ingreso en nuestras normas presupuestarias ha corrido pareja de la autorización para la contratación de personal temporal o para el nombramiento de funcionarios interinos en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

De entrada puede observarse que la determinación así planteada no impone un límite preciso, cuantitativo o porcentual, a la contratación de personal temporal o al nombramiento de funcionarios interinos. Dicha contratación o nombramiento se refiere a la excepcionalidad de

⁷⁸⁰ SSTs de 29 de octubre de 2010, ROJ: STS 7597/2010; y de 28 de noviembre de 2012, ROJ: STS 8150/2012; un comentario a esta línea jurisprudencial en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”. *Revista de Administración Pública*. Nº 187, 2012, p. 379-395. En la misma dirección, SERRANO PASCUAL, Antonio. “Informe de la Secretaría General sobre la oferta de empleo público para 2013 de la Diputación Provincial de Huesca”. *Cuadernos de Derecho Local*. Nº 33, 2013, p. 188-192.

⁷⁸¹ STS de 2 de diciembre de 2015, ROJ: STS 5039/2015. En la misma dirección, las STS de 21 de abril de 2017, ROJ: STS 1538/2017; y de 21 de septiembre de 2017, ROJ: STS 3411/2017. Un ácido comentario al respecto, en CARBONERO REDONDO, Juan José. “El derecho de acceso a la función pública en tiempo de crisis: la progresiva flexibilización del mandato previsto en el artículo 10.4 EBEP por razones de contención de gasto”. *Actualidad Administrativa*. Nº 2, 2018, p. 1-5.

los mismos, pues solamente proceden para cubrir necesidades urgentes e inaplazables y restringe las nuevas incorporaciones a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales. Lógicamente, el concepto necesidades urgentes e inaplazables debe entenderse como equivalente a la cobertura de las necesidades mínimas de personal para el adecuado desempeño de las funciones y cobertura de los servicios de manera que puedan satisfacerse las demandas básicas de los ciudadanos. Dicho esto, sin duda, habrá de reconocerse a cada Administración una margen de apreciación en función de sus potestades de organización para decidir el número y las características del personal que ha de atender esas necesidades urgentes e inaplazables. La restricción de las nuevas incorporaciones de personal a servicios esenciales o sectores, funciones y categorías profesionales prioritarios exige definirlos. Sabemos que los llamados servicios esenciales son los que están conectados con el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, pero también, con los bienes constitucionalmente protegidos, que son muchos y muy variados. Pero es que además no se ha querido ceñir a dicho destino la posibilidad de reclutar nuevo personal no permanente, sino que se añadió otra cláusula alternativa como es la que hace referencia a unos indeterminados sectores prioritarios. Sin embargo, lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento un concepto de lo que pueda ser considerado “prioritario”. Y ello por la sencilla razón de que el concepto de prioridad no es jurídico sino político. Son los órganos de gobierno de las diferentes Administraciones las que habrán de determinar de una manera específica lo que puedan ser sectores, funciones o categorías que se consideren prioritarias, cosa que en la práctica acaba reduciendo las pretendidas limitaciones a la incorporación de personal temporal a una norma directiva con poca capacidad restrictiva⁷⁸².

Sin embargo, es evidente que la situación expuesta acaba produciendo un resultado indudable: la posibilidad de cubrir las necesidades de los servicios públicos con personal no permanente y la imposibilidad de ofertar y cubrir dichas necesidades con personal permanente. Nótese, además, que los límites impuestos a la oferta pública de empleo no son límites a la creación de plazas; lo que la ley presupuestaria prohíbe es la convocatoria de plazas y no el aumento de

⁷⁸² De hecho el artículo 19.Dos de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, se limita a señalar que: “No se podrá proceder a la contratación de personal temporal, así como al nombramiento de personal estatutario temporal y de funcionarios interinos excepto en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables”, con lo que se ha eliminado toda referencia expresa a servicios esenciales o sectores prioritarios, cuya señalamiento expreso queda ahora disposición de las diferentes Administraciones públicas.

plantillas⁷⁸³. Ello quiere decir que la tasa de reposición de efectivos planteada de esta manera resulta ser única y exclusivamente un instrumento útil para ordenar la consolidación del empleo público permanente. Un instrumento que puede traducirse también en un efecto no querido como puede ser la precarización del empleo en base a relaciones no permanentes, lo que sin duda induce un cambio de calado sobre la estructura de empleo propia de nuestra Administración local. El planteamiento es simple: si las plantillas se congelan o aumentan, las plazas no se convocan y las necesidades se cubren con personal temporal e interino resulta que son las propias leyes presupuestarias del Estado las que acaban incentivando la precarización en el empleo público.

De hecho, no resulta infrecuente que la distinción entre personal permanente y no permanente se vaya introduciendo en nuestra función pública como un criterio más de estructuración del personal. Aunque los criterios de clasificación de efectivos que ordinariamente se manejan atiendan a la profesionalidad funcional necesaria para el desempeño de una determinada responsabilidad, se pueden utilizar también criterios de ordenación que tengan en cuenta el carácter permanente o no permanente de la relación y la modalidad propia definitoria de la misma⁷⁸⁴.

De entrada, es indudable, que ordenar y programar el uso y las formas no permanentes de cobertura de determinadas actividades sujetas a una razonable dosis de elasticidad en función de una demanda no determinada y cambiante de un servicio público que ha de adaptarse a las necesidades de la población permite sistematizar la actividad de una determinada organización y dotarla de la necesaria flexibilidad⁷⁸⁵.

Parece lógico advertir de que una adecuada clasificación según el grado de provisionalidad o permanencia puede añadirse y complementar a la que resulte propia de las posiciones estructurales, siempre que se tenga claro que la temporalidad no es un criterio objetivo y justificado que permita establecer diferenciaciones entre personal permanente y no permanente.

⁷⁸³ Tal como se advierte en BAUZÁ MARTORELL, Felio J. “Contención del gasto público y tasa de reposición de efectivos en la Administración local”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. Nº 289, 2002, p. 230.

⁷⁸⁴ Sobre la clasificación profesional en base a la duración y a la modalidad del contrato nos remitimos a las atinadas observaciones de ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002, p. 163-164.

⁷⁸⁵ Se ha dicho que ordenar y programar los recursos humanos supone determinar cuantitativamente el personal, procediendo a establecer la profesionalidad necesaria, pero también la forma contractual más idónea para desempeñar las funciones encomendadas con unas razonables dosis de elasticidad. Lo importante, no solo es el cuanto y el que, sino también el modo en que se satisfacen determinadas necesidades públicas, tal como se dice en ALES, Eduardo. *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*. Milán: Giuffrè Editore, 2002, p. 79-89.

Lógicamente, ello implica con mayor rigor hablar de clases de personal. Resulta cierto que la plantilla o la relación de puestos de trabajo tienen un indudable carácter globalizador. Las plantillas o las relaciones han de incorporar las dotaciones presupuestarias y los puestos de personal funcionario, laboral, eventual y directivo de carácter estable y permanente. Pero el nombramiento de determinado personal interino o la contratación de personal laboral temporal a menudo se realiza en base a los créditos destinados al efecto en los programas correspondientes o con cargo a los créditos de inversiones.

También conviene señalar que una simple ordenación de las relaciones temporales preexistentes en una determinada organización permite evaluar el carácter estructural de una necesidad y regularizar las situaciones originadas a través de los oportunos procedimientos de consolidación de empleo. Es evidente que la consolidación de una serie de necesidades de la organización que se han cubierto de forma provisional como una respuesta improvisada a un conjunto de problemas relacionados con las múltiples vicisitudes que pueden tener repercusión sobre las necesidades de personal acaban configurando verdaderas situaciones patológicas que solo pueden tener solución si se adoptan medidas claras al respecto. Es decir, la clasificación de los empleados públicos en razón de su permanencia permitiría analizar constantemente la objetividad de su vínculo y el grado de permanencia del mismo y adoptar las medidas que se pudieran considerar oportunas para la consolidación de los correspondientes puestos de trabajo.

Por lo demás, la existencia de una serie de instrucciones o directivas para la correcta prestación de aquellos servicios que pudieran considerarse no permanentes de manera que quedará clarificada su relación con los gestores de la Administración evitaría contenciosos posteriores tendentes al reconocimiento no controlado de los correspondientes vínculos⁷⁸⁶. En cierta manera, es lo que se pretende ahora con la disposición adicional trigésima cuarta, cuatro, de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, cuando nos dice que las Administraciones públicas deberán promover en sus ámbitos respectivos el desarrollo de criterios de actuación que permitan asegurar el cumplimiento de dicha disposición

⁷⁸⁶ El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, introdujo una disposición adicional primera dirigida a los entes, organismos o entidades que forman parte del sector público en la que se incluía la obligación de dictar en sus respectivos ámbitos de competencia las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que se pudieran contratar con la finalidad última de evitar posibles reconocimientos de relaciones laborales en base a una cesión ilegal de trabajadores por empresas contratistas. Una explicación del supuesto en MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel. “Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de “cesión ilegal de trabajadores” en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales”. El Consultor de los Ayuntamientos. Nº 6, 2013, p. 600-605.

que pretende un correcto uso de las formas de la contratación laboral temporal así como una actuación coordinada de los distintos órganos en materia de personal.

En principio deberían ser las constantes revisiones de la relación de puestos de trabajo las llamadas a detectar y definir los puestos de trabajo de carácter estructural. Plantea algunas dudas que se puedan utilizar las clasificaciones de puestos para definir una serie de posiciones funcionales consideradas como intrínsecamente temporales, aunque dado el carácter dinámico de este tipo de instrumentos no resulta infrecuente localizar estas descripciones en la composición interna de alguna de ellas. Más sentido puede tener la elaboración de un catálogo de puestos no permanentes como instrumento de gestión, seguimiento y control de las distintas posiciones del personal temporal de una determinada corporación local, catálogo que incluye la referencia de nombramientos y contratos no vinculados a la relación de puestos. Un instrumento este que puede tener una indudable utilidad sobre todo si especifica las características del vínculo indicando el grupo profesional, el tipo de relación, la duración prevista para el mismo y la justificación de su existencia⁷⁸⁷.

No ha de extrañarnos tampoco que nos encontremos con diferentes documentos de acompañamiento a los presupuestos locales que intentan identificar y determinar el personal local que presta o puede prestar servicios en una corporación local al margen de la plantilla y de la relación de puestos por no tratarse en sentido estricto de puestos permanentes en la organización pero que, sin embargo, se integran de una manera mayor o menor, en la estructura de una entidad local, sin perjuicio de que su estabilidad se vea condicionada por el origen irregular de su integración o por una razón exterior como puede ser, por ejemplo, la realización de un programa subvencionado por otra institución.

Dichos documentos presuponen un reconocimiento expreso y una ordenación estática de las necesidades de personal no permanente, cuya finalidad última puede localizarse en la necesidad de conocimiento, seguimiento y control de las políticas de nombramiento o contratación temporal de los diferentes servicios y programas de la propia institución⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ El artículo 13 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del Ayuntamiento de Gijón (2013-2015), Boletín Oficial del Principado de Asturias, nº 284, de 10 de diciembre de 2013, prevé la confección de un catálogo de puestos no permanentes. La resolución de Alcaldía de 21 de abril de 2015, procede a la publicación del catálogo de puestos no permanentes integrado básicamente por tipos de nombramiento o de contrato de personal laboral indefinido no fijo, obra o servicio, proyecto o programa. Dicho documento se puede consultar en: www.gijón.es/multimedia_objects/download?object_type=document&object_id:175260.

⁷⁸⁸ Un intento de sistematización de este tipo de documentos en VILLANUEVA PUERTOLLANO, Ricardo. *Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo*. Tesis Doctoral. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011, p. 486-490.

Dichos instrumentos puede constituirse también en elementos esenciales para establecer un marco de ordenación de las necesidades de personal permanente que pudieran resultar justificadas por circunstancias objetivas permitiendo fijar una plantilla objetivo de los diversos servicios para un horizonte temporal dado que puede concretarse a través de un instrumento de planificación.

Las corporaciones locales pueden adoptar también las medidas que consideren necesarias para poder reconocer, clasificar y utilizar correctamente las relaciones laborales de duración determinada que resulten imprescindibles en los supuestos de no disponibilidad del personal permanente por razones objetivas que respondan a circunstancias concretas y específicas que puedan caracterizar una actividad pública o por necesidades basadas en la persecución de un objetivo legítimo de política social o que resulten obligadas por necesidades de organización de los servicios de modo que se garantice el ajuste constante entre los efectivos de personal y los usuarios de los servicios públicos.

No estará de más advertir de que los planes de ordenación de recursos, humanos desde su perspectiva más correctora, pueden incidir directamente sobre el sistema de relaciones laborales de duración determinada. De hecho, uno de los contenidos más típicos de la ordenación del empleo público local realizada a través de instrumentos de planificación es la identificación de aquellas tareas o contenidos funcionalmente homogéneos que pueden ser descritos como puestos de trabajo estructurales, la estabilización del personal temporal que los ocupa y la definición de una estrategia de solución que evita la reproducción futura de una excesiva temporalidad en las plantillas públicas. Es decir, la planificación en materia de recursos humanos puede ser un instrumento de racionalización válido para corregir las disfunciones y anomalías de carácter estructural que dificultan la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios de la que resulta un elemento esencial un empleo público profesional. Sencillamente, una adecuada programación de efectivos ha de permitir afrontar los procesos de regularización de las situaciones temporales “desnaturalizadas” que obedezcan a posiciones estructurales y los derivados de consolidación de empleo a puestos y dotaciones de carácter permanente.

Por consiguiente, no debería resultar infrecuente que la planificación de recursos humanos en esta particular circunstancia se oriente a identificar aquellas funciones y tareas de carácter estructural que deberán sistematizarse y clasificar como plazas y puestos de trabajo, a garantizar la necesaria estabilidad del personal no permanente de larga duración y a procurar una correcta

ordenación de los procesos de consolidación de empleo que proporcionen una salida ordenada a la situación de excesiva precariedad que padece nuestra función pública local. En esta coyuntura los planes de ordenación de recursos humanos como los conocemos mutan y adoptan el perfil de planes de estabilización y mantenimiento del empleo o planes de consolidación del empleo público.

Se trata, en primer lugar, de identificar aquellas situaciones que habilitan una posición permanente en la estructura de personal de una determinada organización; en segundo lugar, se garantiza su estabilidad mientras se procede a la aprobación de las ofertas públicas y convocatorias pertinentes, y, finalmente, se habilita un procedimiento selectivo de consolidación de empleo de aquellas plazas o puestos que estén ocupados por personal temporal pero que deben tener carácter estructural, al efecto de poder prestar los servicios públicos asignados a la organización local⁷⁸⁹.

En todo caso, hay que recordar aquí que el amplio margen de libertad que ostentan las Administraciones para el nombramiento de personal no permanente y para la apreciación de las razones que pueden llegar a justificar la utilización de nombramientos temporales y su renovación, ha de sujetarse hoy por hoy a una serie de límites.

De entrada, la legislación laboral contiene una serie de vínculos en esta materia como puede ser los siguientes:

- a) El dispuesto en el artículo 15.1.a) ET en materia de duración máxima del contrato por obra o servicio determinados que no podrán tener una duración superior a tres años.
- b) El señalado en el artículo 15.5 ET sobre límites al encadenamiento de contratos que remite al cubierto por los trabajadores que en un período de treinta meses hubieran estado contratados durante un plazo superior a veinticuatro meses, con o sin solución de continuidad, para el mismo

⁷⁸⁹ Al respecto se puede consultar el “Plan de Ordenación de Recursos Humanos del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria”. Las Palmas, 2012, disponible en: www.laspalmasgc.es/export/sites/laspalmasgc/es/transparencia/galleries/galeria-documentos-transparencia/130320-Plan-Ordenacion-de-Recursos-Humanos.pdf. También el Plan operativo de recursos humanos para la consolidación del empleo público temporal en el ámbito del Ayuntamiento de Langreo. Boletín Oficial del Principado de Asturias. Nº 2016, 30 de agosto de 2016. En todo caso este tipo de políticas no resulta propio y exclusivo de nuestras Administraciones locales como se puede deducir de una lectura atenta del Decreto-ley 5/2013, de 2 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas sobre el empleo de personal funcionario interino en la Administración General de la Junta de Andalucía, para el mantenimiento de la calidad y la eficiencia de los servicios públicos a la ciudadanía. En base a esta norma puede entenderse la aprobación de instrumentos como el “Plan de Estabilidad y Mantenimiento de la Calidad y Eficacia de los Servicios Públicos a la Ciudadanía de Huelva”, disponible en: www.huelva.es/portal/sites/default/files/documento/transparencia/d_economica_presupuestaria/df_propuesta_plan_de_estabilidad_y_mantenimiento_calidad_y_eficacia_de_los_servicios.pdf.

o diferente puesto de trabajo con la misma Administración pública, en base a las mismas o a diferentes modalidades contractuales de duración determinada.

Dichos límites de naturaleza objetiva y concreta se ha de complementar también con los que pueden deducirse de la necesaria aplicación al empleo público de la Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre trabajo de duración determinada⁷⁹⁰. Como se sabe, el objetivo dual de la Directiva se refleja en su particular estructura normativa donde aparecen de forma separada la cláusula 4 y la cláusula 5, que articulan sus contenidos esenciales. El apartado 4 de la Directiva pretende mejorar la calidad del trabajo de duración determinada garantizando la aplicación del principio de no discriminación, advirtiendo de que: “Por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada”. Dicho apartado no nos interesa ahora y debemos centrar nuestra atención en la cláusula 5 de la Directiva citada cuyo objetivo es establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivas relaciones laborales de duración determinada para cubrir necesidades permanentes en materia de personal. Ese precepto advierte de que a los efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada se introducirán una o varias de las siguientes medidas: “a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales”.

El precepto resulta de interés por la introducción de un concepto que implica la distinción entre la licitud o no de los contratos o relaciones laborales de duración determinada y su posible renovación y utilización sucesiva. Un concepto que permite, pues, distinguir entre aquellas situaciones de carácter estructural que se encuentren cubiertas por personal no permanente que deberían ser objeto de consideración a efectos de consolidación en la correspondiente plantilla y relación de puestos, proceso que debería acompañarse de la correspondiente inclusión en la pertinente oferta pública y de convocatoria del oportuno proceso de selección.

⁷⁹⁰ Tal como se señala en ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep. Aplicación del principio de no discriminación, *ob.cit* p. 16-20.

Dicho concepto es el de “razones objetivas”. Por lo tanto resulta esencial determinar aquellas razones de naturaleza objetiva que permiten el mantenimiento de una relación de carácter no permanente y separarlas de aquellas otras cuya existencia esconde una posición de carácter estable que ha de formar parte de las estructuras profesionales de una determinada organización.

El concepto razones objetivas que permite el mantenimiento de las relaciones de trabajo de duración determinada integra una serie de posiciones entre las que se encuentran las siguientes:

a) La sustitución de los miembros del personal a la espera de que concluyan los procesos selectivos para el nombramiento o la contratación de personal titular siempre que se fijen tiempos determinados y concretos para la organización y conclusión de dichos procesos selectivos y, por tanto, límites reales en cuanto al número de las posibles sustituciones y su renovación.

b) La sustitución de los miembros del personal que temporalmente no pueden ejercer sus funciones a causa de una situación de baja por enfermedad, permiso de maternidad o permiso parental, la razón última de esta justificación parece que ha de encontrarse en un objetivo legítimo de política social

c) La necesidad de organizar los servicios de manera que se garantice una proporción constante entre el número de personal que los ha de atender y el de los usuarios de los mismos, lo que puede demandar una necesidad particular de flexibilidad justificada en la naturaleza de las funciones o tareas de un determinado sector⁷⁹¹.

Por tanto, la provisionalidad útil es la que aparece justificada por circunstancias objetivas. Y organizar un empleo público es también decidir la tasa de temporalidad y las formas de la temporalidad que se está dispuesto a admitir en la estructuración del mismo, tasa, que por cierto, cuenta ya con un referente legal en el artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, que la sitúa por debajo del 8 por ciento al final del período 2017-2019.

Estructurar el empleo público permanente y objetivar el no permanente a través de las razones, las formas y los instrumentos jurídicos apropiados en base a criterios objetivos de actuación parecen formar parte de la organización del empleo público sobre la que se proyecta una potestad de organización cuya limitación se encuentra, hoy por hoy, en las normas legales establecidas al efecto y en los criterios de los que quiera dotarse la Administración. Cuestión

⁷⁹¹ Al respecto, la importante STJUE de 26 de noviembre de 2014, C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13.

distinta es el ámbito objetivo de negociación que puede proyectarse sobre estas materias que nos ocupará en otra parte de este trabajo.

4.3. La estructuración de los recursos humanos

Si pasamos ahora al segundo de los círculos de interés planteados, podemos localizar las normas de referencia en el Capítulo II del Título V EBEP 2015 que se refiere a la estructuración de los recursos humanos en el empleo público, señalando al respecto su artículo 72 EBEP 2015 que en el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones públicas estructuran sus recursos humanos. Por lo tanto, las Administraciones han de disponer de un sistema de estructuración de su empleo público. De hecho, los elementos de estructuración y los instrumentos de ordenación respectivos definirán el modelo o sistema de función pública propio de cada Administración, es decir, la organización estricta de su función pública.

Lógicamente, la estructuración de los recursos humanos se basa en los elementos establecidos por la legislación básica estatal, es decir, por el EBEP. De hecho, el EBEP mantiene los mismos elementos de estructura existentes en la legislación anterior: de un lado, los cuerpos, escalas, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo (artículo 75 EBEP 2015), de otro lado, el puesto de trabajo como elemento objetivo básico o elemental de toda organización que agrupa una serie de funciones, tareas o responsabilidades (artículo 73 EBEP 2015).

El primero es un elemento subjetivo de clasificación profesional de los funcionarios; el segundo es un elemento objetivo de definición de la estructura de una organización; una alteridad que a nuestro parecer podría discutirse. Las estructuras profesionales de los funcionarios pueden aparecer como categorías objetivas cuando se determinan previamente al margen de los diferentes niveles de capacitación profesional que puedan ostentar los distintos individuos. De la misma manera, difícilmente puede realizarse una labor de reconocimiento e identificación de las tareas y funciones de una organización que no tenga en cuenta los perfiles profesionales de las personas que los habrán de desempeñar.

Desde una perspectiva técnica la definición de una estructura de personal encierra varias operaciones lógicas. En primer lugar, habrá que definir y clasificar los puestos de trabajo en función de las necesidades técnicas de los servicios; en segundo lugar, habrá que disponer de un sistema abstracto de clasificación profesional que se fijará en base a una lógica de agrupación

dispuesta a través de normas legales y reglamentarias; solo en tercer lugar, se deberá proceder a una operación de calificación profesional del funcionario en base a un sistema objetivo de selección que haya permitido acreditar sus conocimientos y analizar sus aptitudes profesionales para realizar las funciones a las que se va comprometer.

Lo cierto es que las estructuras profesionales que permiten una calificación posterior de los funcionarios en términos de cuerpos y escalas y de puestos de trabajo constituyen siempre esquemas generales y abstractos previamente establecidos en función de las necesidades de la organización, en los que se van a ordenar y disponer los efectivos individuales disponibles. Al respecto, resulta indispensable distinguir entre la disposición de unas estructuras profesionales entendidas como un conjunto de sistemas abstractos que reflejan la clasificación de funciones y responsabilidades que se pueden asumir por un empleado público, del mismo proceso y acto de encuadramiento profesional en el que se acredita y valora unas determinadas competencias personales a efectos de asignarle un concepto o conceptos clasificatorio dentro de esa estructura profesional⁷⁹².

De este modo, ha de quedar claro que las estructuras de puestos y las estructuras profesionales fundamentadas en los cuerpos y escalas, no son dos comportamientos estancos que se pueden aislar en función de su pretendido carácter objetivo y subjetivo, siendo relativamente fácil encontrar traslaciones de conceptos y utilidades entre uno y otro instrumento de personal.

En la misma línea, también debería afirmarse que el puesto de trabajo se erige en un presupuesto necesario para poder construir un sistema de ordenación profesional que permita el encuadramiento subjetivo de las personas que lo han de servir, pues del análisis de tales puestos se extraen las características y factores que deberían servir en última instancia para clasificar a nuestros empleados públicos.

Cuestión distinta es que la creación técnica que supone el diseño de un puesto de trabajo se construye como un elemento estructurador y vertebrador de la función pública desde la óptica interna de la Administración, es decir, organizativamente; como un elemento que atienda objetivamente a las necesidades de la Administración como finalidad primordial, y no a la configuración de los derechos del personal a su servicio⁷⁹³.

⁷⁹² ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. La clasificación profesional del trabajador, *ob.cit.*, p. 75-78.

⁷⁹³ ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep. Les relacions de llocs de treball, *ob.cit.*, p. 57.

4.4. Las estructuras subjetivas del personal

Para cada uno de estos elementos de organización del empleo público se establece un instrumento de gestión. Para la ordenación de las estructuras profesionales se ha utilizado tradicionalmente como instrumento la plantilla de personal. Una institución que a primera vista parece haber desaparecido del EBEP, impresión que debe corregirse inmediatamente si se observa que la disposición derogatoria única EBEP se limita a abrogar el párrafo 14.4 LMRFP. Por tanto mantienen su vigencia los párrafos 3 y 5 del mismo precepto, con lo que resulta subsistente la obligación de la Administración del Estado y de las Administraciones locales de estructurar una plantilla de los diferentes cuerpos y escalas, y del personal laboral en consonancia con los créditos que resulten de sus respectivos presupuestos. De hecho, el artículo 90 LRBRL nos dice que corresponde a cada corporación local aprobar anualmente, a través del presupuesto, la plantilla que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, plantilla que deberá responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general.

En consecuencia, lo que parece haber decaído es la obligación básica para las comunidades autónomas de estructurar las plantillas de todo su personal en sus respectivos presupuestos. Pero si atendemos a las diferentes leyes de función pública advertiremos lo siguiente:

a) El artículo 18.1 LEPC-LM, recrea la plantilla como relación de plazas dotadas presupuestariamente que corresponden al personal eventual, al personal directivo profesional, a cada uno de los grupos, subgrupos y cuerpos o escalas de personal funcionario, y a cada una de las categorías profesionales del personal laboral.

b) El artículo 28 LFPE, advierte que las Administraciones determinarán a través de sus presupuestos las plantillas presupuestarias o relaciones de plazas dotadas presupuestariamente que corresponden a cada puesto de trabajo, así como el grupo o el subgrupo de clasificación al que se adscriban y el cuerpo, escala, especialidad, agrupación profesional funcional o categoría, en su caso, al que pertenezcan. En el supuesto de plazas laborales, se expresará el número y su adscripción a cada una de las categorías en que, en su caso, se clasifique el personal laboral. En caso de dotaciones para personal eventual y directivo, se expresará de forma individualizada para cada puesto de trabajo la retribución fijada al mismo.

c) La LEPG, no contiene propiamente un precepto dedicado a la plantilla de personal, aunque de su artículo 39, que se dedica a otros instrumentos de ordenación distintos de la relación de puestos de trabajo, se puede deducir la existencia de una plantilla de personal entendida como una relación de plazas dotadas presupuestariamente que al menos ha de existir para los centros docentes, para los sanitarios públicos y para las entidades públicas.

Lo dicho hasta aquí supone que las plantillas presupuestarias vienen a recoger las plazas propias de los cuerpos o escalas de funcionarios y de los grupos profesionales laborales en la mayoría de nuestras organizaciones públicas. De hecho, el cuerpo o la escala de funcionarios resulta ser el elemento subjetivo de la estructura profesional propia de una Administración pública. El cuerpo o escala se refiere a las personas que incorporen competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un proceso selectivo, tal como se dice en el artículo 75.1 EBEP 2015. Por tanto, la justificación del cuerpo como estructura se basa en su correspondencia con una determinada cualificación y aptitud profesional. El enunciado presupone también que todo funcionario ha de estar obligatoriamente integrado en una estructura corporativa. Dichas agrupaciones han de crearse, modificarse y suprimirse por ley. Los cuerpos y escalas de funcionarios son estructuras jurídicas creadas y determinadas por las leyes con la finalidad última de disponer de un sistema de encuadramiento profesional. Ahora bien, la reserva de ley en esta materia llega única y exclusivamente a la toma de decisiones más básicas, como son las relativas a la creación de cuerpos y escalas⁷⁹⁴. En el bien entendido que el cuerpo resulta ser la estructura básica de la organización subjetiva de la función pública del Estado y de algunas comunidades autónomas, mientras que el concepto de escala se utiliza de forma primaria en el ámbito local. Por tanto, la reserva de ley en esta materia habría de circunscribirse a la primera toma de decisión o si se quiere a la primera clasificación, dejando al margen otros elementos ordenadores que la ley puede citar expresamente y que actúan como elementos de sistematización propios de la estructura interna de una determinada unidad de clasificación⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura funcional: la coexistencia ordenada de cuerpos y puestos de trabajo. Navarra: Aranzadi, 2016, p. 91-92.

⁷⁹⁵ Nuestro derecho laboral distingue entre los elementos clasificadores que son los que identifican un tipo o clase de trabajo o función, elementos que son los que en propiedad clasifican a los trabajadores (grupo profesional o, alternativamente, categoría profesional) y los elementos sistematizadores cuya función es la de dividir y ordenar los auténticos elementos clasificatorios (subgrupo, clase, área funcional, agrupación funcional). Un tratamiento de dichos conceptos en ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. *La clasificación profesional del trabajador*, *ob.cit.*, p. 108.

La estructura funcional de una determinada entidad local ha de fundamentar su diseño en los grupos de clasificación del personal funcionario previstos en el artículo 76 EBEP 2015, y en las escalas, subescalas y clases establecidas en los artículos 167 y 169 TRRL, preceptos que han sido declarados expresamente básicos por el artículo 60 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

A tenor del artículo 76 EBEP 2015, los cuerpos y escalas de funcionarios se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso, en grupos de clasificación profesional. El grupo de titulación es, pues, un elemento estructural básico del empleo público. El llamado grupo A concentra los cuerpos o escalas para cuyo acceso se exige estar en posesión de un título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la ley llegará a exigir otro título oficial universitario será este el que se tenga en cuenta. El grupo A está a su vez dividido en dos subgrupos, A1 y A2. En este caso la clasificación de los cuerpos o escalas en cada subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones por desempeñar y de las características de las pruebas de acceso. Para el acceso a los cuerpos y escalas del grupo B se exige estar en posesión del título de Técnico Superior. Dicho título se corresponde con la superación de las enseñanzas de formación profesional de grado superior. El grupo C está dividido en dos subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el acceso. El acceso al grupo C1 exige el título de Bachiller o Técnico, lo que presuponen en este último caso haber superado las enseñanzas de formación profesional de grado medio. El acceso al grupo C2, demanda estar en posesión del título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria. La disposición adicional sexta EBEP 2015, permite la creación de otras agrupaciones profesionales sin requisito de titulación además de los grupos clasificatorios establecidos en el artículo 76 EBEP 2015.

Mientras no se haya generalizado la implantación de los nuevos títulos a los que se refiere el artículo 76 EBEP 2015, la disposición transitoria tercera del EBEP 2015, prevé un esquema de transición de los grupos de clasificación existentes a su entrada en vigor con respecto a los grupos de clasificación profesional previstos para los cuerpos y escalas de funcionarios del artículo 76 EBEP 2015, de acuerdo con las siguientes equivalencias: Grupo A: Subgrupo A1; grupo B: Subgrupo A2; Grupo C: Subgrupo C1; grupo D: Subgrupo C2; Grupo E: Agrupaciones Profesionales a que hace referencia la disposición adicional sexta EBEP 2015. La integración

es automática y no puede ser modificada por la Administración o por una simple solicitud del interesado⁷⁹⁶.

Los funcionarios de carrera propios de cada una de nuestras corporaciones locales se integran en escalas. Dichas escalas son la de Administración General y la de Administración Especial de cada Corporación. A tenor del artículo 169.1 TRRL, corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. Mientras que, de acuerdo con el artículo 170.1 TRRL, tendrán la consideración de funcionarios de Administración Especial los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio⁷⁹⁷. Más allá de esta distinción se acude a una clasificación por subescalas en base al nivel de las funciones atribuidas que guarda una clara correspondencia entre el grado funcional y el grupo de titulación exigido para el ingreso. Así, el artículo 167.2 TRRL nos dice que la Escala de Administración General se divide en las Subescalas siguientes: a) Técnica; b) de Gestión; c) Administrativa; d) Auxiliar, y e) Subalterna. Mientras que el artículo 167.3 TRRL señala que la Escala de Administración Especial se divide en las Subescalas siguientes: a) Técnica; b) de Servicios Especiales.

A partir de ahí, el artículo 167.4 TRRL habilita a cada corporación local para la creación de Escalas, Subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas, de acuerdo con lo previsto en la legislación vigente. Por tanto, corresponde a cada una de nuestras corporaciones locales crear la estructura profesional funcional que considera más adecuada respetando los elementos de clasificación establecidos por la ley básica del Estado y por las leyes de función pública de las comunidades autónomas que les pudieran resultar de aplicación⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Con independencia de la operación de reclasificación realizada al término de este período de transitoriedad que parece haber terminado en el año 2012, los problemas que pueden plantearse se desplazan hacia la determinación de las titulaciones que pueden exigirse para el acceso al empleo público, tal como puede verse en el trabajo de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, 122-128.

⁷⁹⁷ La clasificación de los funcionarios en cuerpos o escalas generales y especiales más allá de una pretendida identificación con la naturaleza de las funciones atribuidas, la “general” con funciones predominantemente burocráticas, y la “especial” con funciones predominantemente técnicas, tiene poco recorrido y no pasa de ser puramente formal, sin una correspondencia efectiva en el desarrollo de la organización y en la distribución efectiva de las tareas, como se señala en JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)*. Madrid: INAP, 1989, p. 417.

⁷⁹⁸ El artículo 171 TRRL, organiza la estructura interna de la Subescala Técnica de Administración Especial, en atención al carácter y nivel del título exigido, en las clases de Técnicos Superiores, Medios, Auxiliares, advirtiendo de que, a su vez, cada clase podrá comprender distintas ramas y especialidades. En dicha Subescala se deberán integrar los funcionarios que desarrollen tareas que son objeto de una carrera para cuyo ejercicio exigen las leyes estar en posesión de determinados títulos académicos o profesionales. El artículo 172.2 TRRL, nos advierte de que la Subescala de Servicios Especiales comprenderá las siguientes clases: Policía Local y sus auxiliares; Servicio de

Sin embargo, lo cierto es que las leyes de función pública de las comunidades autónomas publicadas hasta el momento se limitan a remitir la agrupación del personal funcionario de las Administraciones de las entidades locales de su territorio a lo previsto en la legislación de régimen local⁷⁹⁹.

Por tanto, puede afirmarse que las corporaciones locales disfrutaban de un amplio margen de libertad para definir las estructuras del personal funcionario propio respetando lo establecido en el marco de la legislación básica del Estado. Así, parece que las escalas y las subescalas previstas en el artículo 167 TRRL actuarían como elementos clasificatorios esenciales de una estructura profesional fija y cerrada que no podría sufrir alteración. En cambio, las clases, ramas o ámbitos de actuación, y las especialidades que se mencionan en los artículos 171.2, 172.2, 174 y 175 TRRL, deberían considerarse como elementos disponibles por la respectiva corporación local que podría utilizar estos u otros similares para ordenar internamente los verdaderos elementos clasificatorios⁸⁰⁰.

Corresponde pues a las potestades de organización de las entidades locales determinar las escalas, subescalas, clases, ámbitos y especialidades de sus funcionarios procediendo a su clasificación profesional⁸⁰¹. Una competencia esta que no aparece predeterminada expresamente en los artículos 21 y 22 LRBRL, que distribuye materias entre el Alcalde y el Pleno, pero que a nuestro entender esta directamente conectada con el artículo 22.2.i) LRBRL, que asigna al Pleno la aprobación de la plantilla de personal y de la relación de puestos de

Extinción de Incendios; Plazas de Cometidos Especiales; Personal de Oficios. Pertenece a dicha Subescala, los funcionarios que desarrollen tareas que requieran una aptitud específica, y para cuyo ejercicio no se exija, con carácter general, la posesión de títulos académicos o profesionales determinados. A tenor de lo que se dispone en el artículo 174 TRRL, en la clase de cometidos especiales habría que clasificar al personal de las Bandas de Música y los restantes funcionarios que realicen tareas de carácter predominantemente no manual, en las diversas ramas o sectores de actuación de las Corporaciones locales, subdividiéndolas en categorías, según el nivel de titulación exigido. En la misma dirección, el artículo 175 TRRL, señalará que en la clase de Personal de Oficios, los funcionarios que realicen tareas de carácter predominantemente manual referidas a un determinado oficio, industria o arte, precisando que se clasificarán, dentro de cada oficio, industria o arte, en Encargado, Maestro, Oficial, Ayudante y Operario, según el grado de responsabilidad o especialización. Queremos insistir en que los preceptos enunciados no tienen carácter básico y se citan a título simple enunciativo como un mero elemento referencial.

⁷⁹⁹ Tal como se hace en el artículo 31 de la LFPV; en el artículo 34.1 de la LEPC-LM; en el artículo 42 de la LFPE; y en el artículo 203 de la LEPG.

⁸⁰⁰ Con la única excepción de los cuerpos de policía local donde se habría que estar a las previsiones contenidas en la legislación de coordinación de las policías locales dictada por la correspondiente comunidad autónoma. Así, por ejemplo, el artículo 24 de la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales, regula las escalas y categorías de los cuerpos de policía local que dependen de los municipios de Cataluña.

⁸⁰¹ Lo que por cierto se dice claramente en el artículo 129.3.b) TRRL, cuando se señala que corresponde a los órganos de la Corporación local según la distribución de competencias prevista en la LRBRL, en particular, lo siguiente: “El establecimiento de escalas, subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos”.

trabajo, la fijación de la cuantía de las retribuciones complementarias fijas y periódicas de los funcionarios, y el número y régimen del personal eventual.

En todo caso, hay que tener en cuenta que la aplicación del sistema de escalas y subescalas previsto legalmente presupone la adopción de un acto jurídico de sistematización y calificación por el que se realiza la ordenación de cometidos funcionalmente homogéneos que ha de tomar como base el análisis y la ordenación de puestos de trabajo existentes, un aspecto este al que después nos referimos.

Dicho acto jurídico se instrumenta directamente a través de la plantilla de personal. El artículo 90 LRBRL, dirá que: “Corresponde a cada Corporación local aprobar anualmente, a través del Presupuesto, la plantilla, que deberá comprender todos los puestos de trabajo reservados a funcionarios, personal laboral y eventual”. En el mismo precepto se señala también que: “Las plantillas deberán responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia y establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general”.

Aunque se puede observar que el precepto citado identifica la plantilla de personal con la suma de las plantillas de los correspondientes efectivos de personal funcionario, laboral y eventual, nada nos dicen las normas citadas sobre el contenido último que pueda tener dicha plantilla de personal⁸⁰². Como tampoco lo hacen los artículos 126 y 127 TRRL, que se refieren a su aprobación, ampliación, modificación y publicación. Lo cierto es que dejando al margen algún precepto de rango reglamentario las normas de régimen local poco o nada dicen sobre la materia más allá de la determinación de que deberán ser aprobadas anualmente con ocasión del presupuesto⁸⁰³.

Las normas reglamentarias de alguna comunidad autónoma que se han ocupado de esta cuestión han venido a decirnos que la plantilla de personal ha de estar integrada por la relación detallada por escalas, subescalas, clases y categorías de las plazas en las que se integran los funcionarios, el personal laboral y el eventual agrupadas, indicando la denominación de estas, el número de plazas que las constituyan, el número de las que se encuentran vacantes y el grupo al que

⁸⁰² La utilización del término *puesto* no nos ha de llamar a error. En el lenguaje administrativo español del momento, los términos *plaza* y *puesto* resultan intercambiables. De hecho, en esta particular circunstancia una plaza es un puesto concreto de una determinada organización administrativa, tal como nos dirá GUTIERREZ REÑON, Alberto. “Puesto de trabajo, plaza, destino y términos análogos en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado: Hacia una terminología uniforme”. *Documentación administrativa*. N° 76, 1964, p. 46-47.

⁸⁰³ Ello lleva a nuestra doctrina a resaltar la falta de referencia estatutaria de la plantilla de personal y su remisión a lo que establezca la legislación de desarrollo o la estrictamente presupuestaria, ARROYO YANES, Miguel. Los instrumentos de gestión del empleo público, *ob.cit.*, p. 137-138.

pertenezcan⁸⁰⁴. Pero, nada obsta a que existan otras opciones más simples limitadas a una mera relación de plazas u otras más complejas que incluyan datos de interés⁸⁰⁵.

Lo que resulta evidente es que la confección y aprobación de una plantilla presupone un esfuerzo de sistematización y calificación de una estructura profesional que se considera necesaria para la cobertura de los servicios. Eso quiere decir que hay que configurar una estructura profesional propia determinando las correspondientes escalas, subescalas, clases y su posible especificación, si procede, en categorías y especialidades para el personal funcionario; los grupos y, si resulta necesario, las categorías y especialidades para el personal laboral, calificaciones a las que habrá que añadir las denominaciones propias de las plazas desempeñadas por personal eventual y directivo, encuadrando siempre las definiciones obtenidas en pertinente grupo de titulación.

También significa que dichas plantillas, que deberán comprender todas las plazas necesarias para la cobertura de los diferentes puestos de trabajo que se hayan clasificado, se han de aprobar anualmente con ocasión de la aceptación del presupuesto y responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia, lo que como mínimo obliga a un juicio de valor y a la correspondiente motivación. De la misma manera parece que las plantillas deberán distinguir entre plazas que se encuentren ocupadas y las vacantes, ya que solo las plazas vacantes podrán ser incluidas en las correspondientes ofertas públicas y ser desempeñadas por funcionarios interinos cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera. En ese sentido, habrá que considerar siempre que las plantillas son relaciones de plazas, entendidas estas como unidades dotadas presupuestariamente que se definen en función de su pertenencia a un grupo de titulación, a un cuerpo o escala, o a un grupo profesional del personal laboral.

⁸⁰⁴ Artículo 25 del RPSEL.

⁸⁰⁵ La plantilla de personal del Ayuntamiento de Getafe publicada en Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, núm. 29, de martes 4 de febrero de 2014, relaciona las plazas de personal funcionario, laboral, eventual y directivo, por escalas, subescalas, categorías, grupos y subgrupos de titulación para los funcionarios, por grupos profesionales para los laborales y por denominaciones para el personal eventual y directivo, limitándose a señalar el número de plazas. La plantilla del Ayuntamiento de Cádiz, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, núm. 154, p. 13-16, se limita prácticamente a lo mismo, es decir, relacionar las plazas de las diferentes escalas, subescalas, clases y categorías para los funcionarios, relacionar las de los grupos y categorías laborales y cifrar el número de funcionarios de empleo, incluyendo para los dos primeros el grupo de titulación. De mayor calado informativo resulta ser el anuncio relativo al presupuesto y la plantilla municipal del Ayuntamiento de Oviedo, publicado en el Boletín Oficial del Principado de Asturias, núm. 85, de 13 de abril de 2016, que incluye la relación de plazas del personal funcionario por escalas, subescalas, clases y categorías, distinguiendo entre las existentes en la plantilla de 2015 y las creadas en la plantilla de 2016, precisando, además, las cubiertas, vacantes y amortizadas.

De hecho, los objetivos perseguidos por el instrumento que denominamos plantilla de personal son de distinto orden:

a) La plantilla de personal en nuestras entidades locales tiene una función eminentemente clasificatoria. A través de la plantilla de personal de una entidad local se determinan las escalas, subescalas y clases de su personal funcionario y se establece su denominación. La plantilla es el instrumento por excelencia de clasificación del personal funcionario de la Administración local. Si se quiere, el sistema de clasificación implantado por la plantilla resulta ser un presupuesto necesario y objetivo de la fijación de una determinada categoría funcional. La plantilla en esencia califica, es decir, asigna objetivamente una denominación o calificación a los funcionarios a los que encuadra en una jerarquía de empleos. La forma en que se traduzca cada encuadramiento dependerá del sistema clasificatorio que se quiera emplear. La clasificación profesional de la escala de administración general es muy rígida y admite un desarrollo muy limitado por parte de una entidad local. En cambio, el encuadramiento en la escala de administración especial permite un amplio despliegue en descripciones más extensas y detalladas que pueden incluir escalas, subescalas, clases, categorías y especialidades conforme a las necesidades funcionales de la organización concreta de una determinada Administración local. Las posibilidades combinatorias son muchas y dependerán de los elementos clasificatorios empleados a tal efecto. En este sentido, podrá realizarse una elección más completa, asignado conjuntamente una calificación en base a escala, subescala, clase, categoría y especialidad, pero también se podrá efectuar una opción simple, en base exclusivamente a escala, subescala y clase. Además, la plantilla supone una relación numérica de la totalidad de efectivos estables y permanentes de una Administración local estructurada en grupos, escalas, subescalas y clases de personal. Por lo tanto, es un instrumento de primer orden para transcribir la realidad técnico-funcional de una determinada institución pública, incluyendo al respecto la clasificación propia del personal laboral que será resultante de la que se haya podido establecer por convenio colectivo, así como la denominación de las plazas del personal directivo que puedan identificarse en la estructura orgánica y las del personal eventual que se hayan podido determinar por los correspondientes órganos de gobierno.

b) La plantilla es también un sistema de previsión de efectivos⁸⁰⁶. La formación de una plantilla presupone una previsión de efectivos concretos para cada escala, subescala, clase y categoría.

⁸⁰⁶ No es extraño que la finalidad última de la plantilla en el ordenamiento jurídico laboral sea la de constituir un instrumento conformador de la política de empleo de una empresa al preceptuar la obligación de cubrir un número de plazas de determinadas categorías en base a las preexistentes, ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *El encuadramiento profesional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, p. 223-224.

La plantilla nos señala el número de funcionarios de una escala, subescala, clase y categoría que tendrán una consideración presupuestaria. Inversamente, la plantilla es un reflejo de los efectivos previstos en el presupuesto para cada una de las estructuras profesionales propias de una determinada función pública considerados necesarios⁸⁰⁷. Pero no solo eso, las plantillas fijan las necesidades de personal de una determinada clasificación profesional y habilitan la cobertura de las vacantes presupuestadas cuya urgencia y necesidad de desempeño justifican un nombramiento interino. De la misma manera, son los desajustes de plantilla los que nos permiten detectar carencias de personal que habrán de suplirse con el recurso a nombramientos por exceso o acumulación de tareas o la aparición de necesidades con autonomía y sustantividad propia desligadas de la actividad ordinaria de los servicios, lo que justificara el nombramiento de interinos para la ejecución de programas de carácter temporal. Finalmente, no estará de más advertir de que a través de la plantilla se suprimen las dotaciones que no tiene respaldo presupuestario. Amortizar es suprimir, por no considerarlas necesarias, plazas vacantes en la plantilla de una institución pública⁸⁰⁸. Por tanto, la plantilla actúa como un instrumento clave para la reestructuración de efectivos que ordinariamente se proyecta sobre el número y la clasificación del personal integrado en la misma.

c) La plantilla desempeña una indudable función presupuestaria. No se trata solo de que la plantilla acompañe al presupuesto con ocasión de su aprobación. La plantilla contiene, tal como nos dice el título del artículo 14 LMRFP, las dotaciones presupuestarias de personal. Por tanto, la finalidad presupuestaria de la plantilla es indudable. La plantilla se aprueba anualmente con el presupuesto porque las plantillas de las diferentes escalas, subescalas y clases de funcionarios, así como las del resto de personal, serán las que resulten de los créditos presupuestarios. Es más, el presupuesto es el antecedente de la plantilla. Las dotaciones presupuestarias deben ser un antecedente de las plazas de plantilla. De manera que no se pueden comprometer gastos en efectivos de personal más allá de las previsiones establecidas en el presupuesto anual. Las dotaciones presupuestarias de personal son un límite máximo al número de plazas de plantilla, límite que solo puede superarse cuando el incremento quede compensado mediante la reducción de otros capítulos de gastos corrientes o cuando sea consecuencia del establecimiento o ampliación de un servicio de carácter obligatorio que resulte impuesto por disposiciones legales. En todo caso, la ampliación de la plantilla implica siempre una

⁸⁰⁷ La consideración de las antiguas plantillas del cuerpo como un instrumento esencial de previsión de efectivos en ANDRÉS MOREY, JUAN. *La determinación de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático*. Madrid: INAP, 1977, p. 52-56.

⁸⁰⁸ El concepto de amortización en la STS de 28 de febrero de 2012, ROJ: STS 3045/2012.

modificación del presupuesto que permita la cobertura de las nuevas dotaciones, modificación que ha de realizarse previamente sin que pueda diferirse a un momento posterior⁸⁰⁹.

d) La plantilla resulta ser un instrumento esencial de la selección de personal. El acceso a la función pública es siempre un proceso de selección para la cobertura de una plaza vacante de una determinada escala, subescala y clase. El ingreso de funcionarios se realiza a los correspondientes cuerpos y escalas de funcionarios. De hecho, las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso han de ser objeto de oferta de empleo público. Es decir, las plazas vacantes de plantilla que no puedan ser cubiertas internamente a través de un sistema de provisión constituyen la base sobre la que se ha de formar la oferta de empleo público. Dichas plazas son las que se pueden comprometer en una oferta de empleo público, tal como nos dice el artículo 70.1 EBEP 2015. Es más, las plazas vacantes de plantilla desempeñadas por funcionarios interinos deberán incluirse en la oferta de empleo correspondiente al ejercicio presupuestario en que se produce su nombramiento y, si no fuera posible, en la siguiente, salvo que se decida su amortización. Existe pues una estrecha relación entre la plantilla y la oferta de empleo público, de manera que los dos instrumentos se relacionan y coordinan para programar lo que pueda ser la cobertura de las necesidades de personal a través de los sistemas de selección externa, promoción profesional y provisión de puestos de trabajo.

4.5. Las estructuras objetivas del personal

Existe en cada Administración una base técnica y organizativa sobre la que poder ordenar las estructuras de personal. De hecho, cada Administración ha de poder estructurar su función pública sobre la base de un sistema de puestos de trabajo que permita que el conjunto de las funciones atribuidas a un órgano o a una unidad administrativa puedan ejercerse de la manera más adecuada a las necesidades y los objetivos perseguidos, evitando duplicidades y parcelas sin materializar⁸¹⁰. El análisis, la descripción, agrupación y posterior valoración de puestos, han de permitir clasificarlos para poder identificar la estructura global de la organización del trabajo propia de la actividad administrativa.

⁸⁰⁹ Seguimos en estas líneas el trabajo de ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep. *Les relacions de llocs de treball a les Administracions Públiques*. Barcelona: CEDECS, 1996, p. 52-55.

⁸¹⁰ ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep. *Les relacions de llocs de treball*, *ob.cit.*, p. 56.

Al respecto, deberán tenerse en cuenta una serie de premisas. Ante todo, que la descripción de un puesto debe contemplar tanto los aspectos objetivos (denominaciones, funciones, responsabilidades y tareas) como los estrictamente subjetivos (grupos, cuerpos y escalas). No puede especificarse un puesto sin que pueda constatar el grado de formación y las titulaciones académicas o profesionales necesarias para su desempeño, y toda descripción de un puesto presupone como mínimo la definición de una responsabilidad principal de carácter configurador que puede ir acompañada o no de una breve enumeración ejemplificativa de aquellas tareas que se consideren más representativas.

El puesto es por naturaleza una unidad organizativa. El puesto de trabajo es la unidad mínima que podemos identificar dentro de una organización de trabajo⁸¹¹. Más concretamente, el puesto de trabajo es el conjunto de tareas, funciones y responsabilidades que se pueden asignar a una persona en una organización pública⁸¹². De su análisis se extraen las exigencias técnicas de la actividad o servicio. Desde una perspectiva estricta la base del encuadramiento profesional en una Administración se encuentra en la identificación y ordenación de sus puestos. Las estructuras de puestos traducen las exigencias técnicas de la organización de un servicio en contenidos funcionales agrupados conforme a su naturaleza, grado de conexión y afinidad, lo que permite determinar los cometidos profesionales propios de los diferentes puestos. Este desglose se ejecuta mediante la clasificación de los puestos, la cual proporciona un mejor conocimiento de las funciones y tareas, así como de los distintos niveles de responsabilidad, de las condiciones de trabajo o de las aptitudes profesionales requeridas. Con estos datos se conforma una relación de necesidades funcionales de la organización y un inventario de perfiles profesionales sistematizados en base a las exigencias organizativas, lo que permite determinar a su vez los niveles de profesionalización precisos para ocupar dichos puestos y su valor relativo a efectos remuneratorios⁸¹³.

En todo caso, ha de quedar claro que es la realidad técnico-funcional objetivada a través de una relación de puestos la que se ha de traducir en una estratificación profesional en base a grupos, cuerpos y escalas. Los sistemas de clasificación profesional que adoptan como criterio definidor

⁸¹¹ La definición en ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. La clasificación profesional del trabajador, *ob.cit.*, p. 146.

⁸¹² La definición en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 152.

⁸¹³ ALEMÁN PÁEZ, Francisco. El encuadramiento profesional, *ob.cit.*, p. 114-115. A destacar que en dicho trabajo, el encuadramiento desde una perspectiva jurídica, supone una manifestación del poder de dirección empresarial. De hecho, la “ordenación técnica del trabajo” se considera como una faceta más de las que conforman las facultades organizativas de la dirección de la empresa.

las funciones por realizar no son otra cosa que estructuras jurídicas propuestas como reflejo de los sistemas de puestos de trabajo⁸¹⁴. Cuestión distinta es que en puridad no suele haber una correspondencia exacta entre la ordenación de puestos y las estructuras profesionales fundamentadas en calificaciones. Sin embargo, la ordenación de puestos permite fijar un cuadro de referencia que posibilita la imputación de determinados contenidos funcionales a estructuras profesionales con suficiente competencia para asumir las responsabilidades básicas que describen. A partir de ahí, la fijación de este marco de referencia permite reconocer efectos uniformes a situaciones profesionales distintas pero equivalentes presuponiendo en última instancia valores iguales a posiciones semejantes desde un prisma técnico y funcional.

Lo que pueda ser la ordenación de puestos de trabajo de una determinada Administración se define en el artículo 74 EBEP. El mencionado precepto nos dice que la estructura de una determinada institución pública se construye a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos similares. Dicha clasificación de puestos presupone la existencia de un sistema general y abstracto construido en base a una serie de elementos mínimos de distinto orden como pueden ser la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

Algunos de estos contenidos tienden a especificar los propios puestos y sus requisitos de desempeño, como pueden ser la denominación del puesto, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos y escalas. En cambio otros se refieren a la determinación del sistema concreto que se va a utilizar para producir el acto de encuadramiento, es decir, los sistemas de provisión del puesto y, finalmente, el último de ellos, hace referencia a las consecuencias retributivas del desempeño del puesto.

Sobre ese espacio mínimo se proyectan las distintas leyes de función pública de las comunidades autónomas cuyo contenido ayuda a concretar el sentido y el carácter del instrumento en los siguientes aspectos:

a) La relación de puestos es un instrumento ordenador y, añadimos nosotros, de carácter racionalizador. A título de ejemplo, el artículo 41.1 LFPV considera a la relación como un instrumento ordenador de la estructura de puestos de una organización pero añade también que

⁸¹⁴ Tal como se ha dicho, antes de estructurar y organizar las personas es preciso organizar y estructurar los puestos de trabajo en base a las funciones y responsabilidades asumidas por una organización administrativa, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 31.

dicho instrumento es esencialmente racionalizador. En la misma línea, el artículo 33 LFPE, nos dirá que las relaciones de puestos de trabajo son el principal instrumento mediante el cual las Administraciones ordenan sus puestos, de acuerdo con los criterios de eficacia, eficiencia y racionalidad organizativa. Es decir, una relación de puestos de trabajo ha de responder a criterios de racionalidad y eficacia en función de las necesidades reales de los servicios que se han de prestar, determinando, cualitativa y cuantitativamente, los puestos de trabajo y las dotaciones necesarias en cada órgano o unidad. La relación de puestos de trabajo no se ha de limitar a recoger los puestos existentes en una Administración sino que ha de actuar como un instrumento de programación de las estructuras necesarias para la correcta cobertura de las necesidades del servicio. Ello consiste en una determinación periódica y transparente de los puestos que puedan ser considerados necesarios e implica las consiguientes operaciones de creación, modificación o extinción de los mismos. De igual manera, las modificaciones de las estructuras orgánicas exigirán la modificación de las correspondientes relaciones de puestos de trabajo.

b) La relación ha de ser un instrumento globalizador. Tal como dice el artículo 42 LFPV y el artículo 23 LEPC-LM, las relaciones de puestos de trabajo han de comprender conjunta o separadamente, la totalidad de los puestos de trabajo que se hallen dotados presupuestariamente reservados al personal funcionario, al personal laboral y al personal eventual, así como aquellos puestos que deben ser ocupados por el personal directivo profesional. El carácter de globalidad de la relación de puestos de trabajo se predica de la necesaria inclusión de todos los susceptibles de ser ocupados por las diferentes clases de personal.

c) La relación ha de definir todos los puestos de trabajo de una organización. Por lo tanto, un determinado contenido funcional que cubra una serie de requisitos técnicos como puede ser la permanencia, suficiencia, homogeneidad y autonomía de las tareas realizadas puede transformarse en un puesto de trabajo y formar parte de la organización. Los puestos así definidos se consideran “estructurales”. Pero las tareas de carácter no permanente no constituyen por naturaleza puestos que se hayan de incorporar a una relación que intenta reflejar la estructura de una determinada organización, sin perjuicio de que para su identificación y control puedan utilizarse otros instrumentos de personal. De ahí que el artículo 33 LFPE, advierte de la posible existencia de puestos para la ejecución de programas de carácter temporal y de duración determinada que respondan a necesidades no permanentes de la Administración, puestos que no se incluirán de inicio en la relación, salvo que superen el límite de tres años propio de esta particular relación.

d) El contenido mínimo previsto en la norma básica estatal suele completarse con una serie de prescripciones de interés que se detectan en el artículo 42 LFPV, el artículo 23 y 25 LEPC-LM, el artículo 34 LFPE y el artículo 37 LEPL, en torno a los elementos siguientes: 1) El número de las plazas o dotaciones de los puestos; 2) las posibles agrupaciones de los puestos; 3) la determinación del personal de otras Administraciones públicas al que se encuentre abierta la provisión de puestos; 4) los requisitos exigidos para el desempeño del puesto; 5) los méritos a valorar en los procedimientos de provisión; y 6) Las condiciones de trabajo propias y específicas de determinados puestos, tal como pueden ser, por ejemplo, el tipo de jornada, la localización o centro de destino del puesto.

Tal como nos dice el artículo 74 EBEP 2015, las Administraciones estructuran su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares, y lo hacen en función de sus potestades de organización, lo que permite un margen de apreciación para el diseño y la configuración de puestos que solo resulta limitado por condicionamientos técnicos. La relación determina la estructura de puestos que se considera necesaria y especifica sus características esenciales. La relación no es otra cosa que una estructura de puestos, por tanto, no debería dirigirse primariamente a especificar el conjunto de derechos y deberes que componen el estatuto individual del funcionario que los pueda ocupar o a concretar sus condiciones de trabajo. Lógicamente, esto no obsta para que algunas de sus determinaciones puedan llegar a incidir sobre la situación de cada uno de los funcionarios que los puedan desempeñar. De hecho, son los elementos estructurales propios del contenido de los puestos los que deberán ser tenidos en cuenta para definir los requisitos y las condiciones de los posibles ocupantes. Pero interesa resaltar que la definición de los puestos de trabajo no puede fundamentarse en las expectativas que puedan tener los funcionarios sobre su posible desempeño. Las decisiones sobre la especificación de los requisitos, condiciones y localizaciones de los distintos puestos pueden afectar a la esfera jurídica de sus titulares concretos pero su diseño, construcción y determinación deben realizarse en abstracto con independencia de los posibles ocupantes de los distintos puestos. La autonomía técnica del puesto de trabajo es precisamente eso. El puesto existe y se configura con independencia de su titular o de su posible titular.

El puesto de trabajo puede ser contemplado como el núcleo básico de la ordenación y gestión del personal, y de hecho, las relaciones deben cumplir las funciones siguientes:

a) A través de las relaciones se crean, modifican o suprimen los puestos. El margen de que disfrutan las Administraciones para consolidar, modificar o completar sus estructuras y, a la vez, para configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio se ejerce en base a la relación de puestos de trabajo⁸¹⁵. La elaboración, el diseño y la asignación de dotaciones a los puestos son cuestiones estrictamente técnicas que encuentran un adecuado encaje en el ejercicio de las potestades de organización que corresponden a la Administración. Es más, el conjunto de cambios tecnológicos, organizativos y la demanda de servicios públicos obliga a prever, o como mínimo a contemplar, cambios y transformaciones constantes en el contenido de los puestos. En la medida en que los puestos deben ser una expresión real de las necesidades de la organización en cada momento concreto deben tener una naturaleza flexible, lo que obliga a un proceso constante de adecuación a las necesidades que demanda el cumplimiento de las funciones que tienen encomendadas. La Administración debe crear puestos allí donde se identifican nuevas funciones o modificarlos o suprimirlos cuando sea necesaria su adaptación o se consideren prescindibles⁸¹⁶. Interesa resaltar un aspecto fundamental en esta cuestión. Las relaciones estructuran puestos de acuerdo con un conjunto de tareas, funciones y responsabilidad susceptibles de ser asignadas a una persona pero no tienen en cuenta la carga de trabajo que pueden llegar a suponer las repeticiones de los procesos necesarios para cubrirlas. Estas repeticiones son las que después han de tenerse en cuenta para determinar las dotaciones de los puestos, es decir, el número de plazas que se considera óptimo para cumplir con las funciones que tiene encomendado el puesto en la estructura de la Administración⁸¹⁷. Por lo tanto, la variación del número de dotaciones asignadas a un puesto presupone una concreción de su carga de trabajo pero no una modificación de su función.

b) Las relaciones de puestos de trabajo han de determinar el régimen jurídico de los puestos. El artículo 74 EBEP 2015 al señalar que las Administraciones estructurarán su organización a través de puestos de trabajo que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, está estableciendo unos contenidos que fuerzan a especificar los puestos de trabajo que pueden ser cubiertos por uno u otro colectivo de personal en consonancia con la reserva de funciones establecidas con carácter general en el artículo 9.1 EBEP 2015, que en el ámbito local se ha de

⁸¹⁵ SSTC 57/1990, de 29 de marzo y 293/1993, de 18 de octubre.

⁸¹⁶ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 164.

⁸¹⁷ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 167.

leer a la luz de lo que dispone el artículo 92 LRBRL y las correspondientes leyes de desarrollo que hayan podido aprobar las comunidades autónomas⁸¹⁸.

c) La relación ha de definir los puestos. Es decir, para cada puesto de trabajo se ha de fundamentar un criterio especificador basado en las funciones y tareas que deberán ser desempeñadas por sus ocupantes. Si el puesto de trabajo es el instrumento que permite a la Administración acotar vertical y horizontalmente las funciones que tiene encomendadas, el haz funcional que contiene el puesto funda su catalogación y ha de tener algún reflejo en el sistema de la relación. Resulta esencial observar que el puesto debería “objetivar” el contenido funcional de la prestación debida. Es cierto que el EBEP apuesta por el repliegue del contenido funcional del puesto en la enunciación que supone el contenido mínimo del instrumento que llamamos relación⁸¹⁹. Puede constatarse también que existe una tendencia doctrinal a remitir la descripción de funciones y tareas propias de la estructuración de un puesto a otros instrumentos técnicos complementarios como pueden ser las monografías de puestos o los manuales de organización en los cuales puede incluirse la descripción de la misión o responsabilidad básica del puesto, sus funciones esenciales y las tareas más relevantes, pero la configuración de los puestos exige un mínimo funcional que en aquellos puestos más básicos o esenciales puede obtenerse incluso de su denominación⁸²⁰.

c) Las relaciones de puestos de trabajo determinan los requisitos para el desempeño de los puestos. Las relaciones han de comprender los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos los funcionarios que los hayan de ocupar. Por lo tanto, las relaciones de puestos de trabajo señalan la calificación profesional de la persona que los puede desempeñar. Lógicamente a través de la provisión de un puesto de trabajo se le asigna a un empleado público un determinado elemento de su estructuración profesional que supone en la práctica un acto de encuadramiento que va a permitir determinar cuáles son objetivamente las posibles tareas, funciones y responsabilidades que deberá desempeñar. Nótese también que la determinación de la naturaleza y características de las funciones que constituyen el contenido de la prestación se hace aquí sin perjuicio de las posibilidades que puede ofrecer la aplicación de las potestades de organización en base al artículo 73.2 EBEP 2015, donde expresamente se prevé que las Administraciones públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o

⁸¹⁸ Sobre los posibles criterios a utilizar a la hora de decidir el régimen jurídico de los puestos, nos remitimos al trabajo de GORRITI BONTIGUI, Mikel. Funcionarios y laborales: criterios, *ob.cit.* p. 94-111.

⁸¹⁹ Tal como se dice en ARROYO YANES, Miguel. Los instrumentos de gestión del empleo, *ob.cit.*, p. 224.

⁸²⁰ Sobre los llamados instrumentos técnicos complementarios de las relaciones de puestos de trabajo, nos remitimos a las observaciones de CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 218-221.

responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen siempre que resulten adecuadas a su clasificación cuando las necesidades del servicio lo justifiquen. Un elemento no menor, ya que el contenido último de la relación se acaba determinando por el puesto efectivamente ocupado sin merma del horizonte funcional que proporciona la clasificación profesional del funcionario. En consecuencia, el empleado público debe afrontar las funciones, tareas o responsabilidades que le vienen asignadas por el puesto que desempeña y las que le puedan asignar por necesidades del servicio, teniendo siempre en cuenta su clasificación profesional⁸²¹. Pues bien, esta posibilidad supone una clara ampliación de las potestades de organización de la Administración ya que el funcionario tiene la obligación en última instancia de realizar cualquier función que se le exija por necesidades del servicio, lo que en la práctica supone modificar la amplitud de los contenidos funcionales que se le pueden asignar y también una relativa indeterminación de la prestación debida. De esta manera el contenido de la concreta prestación debida en un determinado puesto de trabajo se hace a través de una doble operación clasificatoria: el encuadramiento en un determinado grupo de clasificación profesional, cuerpo o escala, y la inserción en un determinado puesto de trabajo. Las definiciones de los dos elementos de estructuración profesional efectúan un esbozo genérico del cometido profesional, de ahí que, al no hallarse delimitado cada cometido con fijeza, corresponde a la potestad de organización determinar durante el transcurso de la prestación las singulares obligaciones desempeñadas por cada funcionario incorporado a una particular estructura de servicio. De esta manera se puede distinguir entre lo que es la determinación genérica de la prestación de servicios y la posterior especificación en base al poder de organización y dirección⁸²². Con todo, el contenido funcional del puesto y el de cada grupo profesional, cuerpo y escala, identifica la naturaleza y las características de las funciones que constituyen el contenido de la prestación y, a su vez, limitan el ámbito del poder de dirección en la asignación de las concretas tareas a desempeñar.

d) Las relaciones de puestos fijan el sistema ordinario de provisión del puesto. En principio, lo sistemas de provisión a los que se refiere el artículo 74 EBEP 2015 parecen ser los del artículo 78.2 EBEP 2015, es decir, el procedimiento de concurso y de libre designación. Pero debemos observar que dicho planteamiento obvia la llamada asignación inicial de puestos de trabajo que a todos los efectos se prevé en el artículo 26 RIPPAGE, donde específicamente se dice que la adjudicación de puestos de trabajo a los funcionarios de nuevo ingreso se efectuará de acuerdo

⁸²¹ Como se advierte en ARROYO YANES, Los instrumentos de gestión del empleo, *ob.cit.*, p. 126-129.

⁸²² Una distinción bien conocida en el ámbito laboral tal como se puede ver en ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. La clasificación profesional del trabajador, *ob.cit.*, p. 200-204.

con las peticiones de los interesados entre los puestos de trabajo ofertados a los mismos, según el orden obtenido en el proceso selectivo, señalando que dichos destinos tendrán carácter definitivo, equivalente a todos los efectos a los obtenidos por concurso. En consecuencia, los sistemas de provisión son entendidos como sistemas de promoción o, si se quiere, de ascenso, y no de movilidad funcional. Por ello el artículo 78 EBEP 2015, nos advierte de que las Administraciones proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad. Con todo, la provisión de puestos tiene un aspecto distinto de la movilidad funcional fundamentada siempre en las necesidades del servicio. Hay que tener en cuenta que, vacante la dotación de un puesto, la Administración puede cubrirlo a través de un traslado o de un sistema de provisión, lo que a nuestro parecer exige distinguir entre políticas de movilidad funcional y políticas de carrera, sobre las que se pueden tomar diferentes decisiones en base siempre al poder de organización. En todo caso, existe una relación directa entre los sistemas de provisión y las políticas de carrera vertical, que son políticas de ascenso en la estructura de puestos de trabajo por los procedimientos de provisión establecidos en el artículo 78 EBEP 2015. Y existe también una clara distinción entre una política de ascensos en la estructura de puestos que tenga en cuenta el derecho de los funcionarios a la promoción profesional y otra en la que se intente compaginar ese derecho con las facultades organizativas de la Administración, facultades que conllevan una apreciación discrecional de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño de puestos de especial responsabilidad y confianza, lo que fundamenta la elección del sistema de libre designación como sistema de provisión. La consecuencia obvia de todo lo dicho es que a través del sistema de provisión lo que se acota en la relación de puestos es el horizonte de carrera horizontal de los funcionarios desde formas determinadas en base a méritos constituidos y acreditados por los funcionarios hasta fórmulas más discrecionales donde sin duda pueden llegar a tener un amplio criterio las facultades organizativas de la Administración para la concreción de la idoneidad de los posibles ocupantes de los puestos.

e) Las relaciones de puestos determinan una serie de complementos retributivos. A tenor del artículo 74 EBEP 2015, la relación especifica las retribuciones complementarias. Cosa que tampoco es completamente cierta, pues lo que verdaderamente hace la relación es especificar aquella retribución complementaria que se puede establecer en función de la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos o las condiciones en que se desarrolla el trabajo. Por lo tanto, la clasificación en puestos desempeña la función de determinar uno de los elementos importantes

de la retribución del empleado público. La utilización del nivel y del contenido específico del puesto para identificar un componente salarial permite que una determinada cantidad de la retribución se ajuste lo más razonablemente posible no tanto con el valor del trabajo prestado como con el contenido del puesto que se desempeña. Pero también hay que advertir que, con más frecuencia de la que en principio podríamos pensar, el valor retributivo del puesto no constituye un elemento independiente y objetivamente considerado sino que tiene un valor relacionado con la retribución básica derivada del grupo profesional, cuerpo o escala, y consiguientemente, no responde únicamente a criterios objetivos del puesto sino también a criterios profesionales. En todo caso, la referencia directa al puesto y no a la estructura profesional, impide el carácter consolidable del complemento y permite su posible consideración factorial, lo que introduce un elevado grado de dispersión en las estructuras retributivas del empleo público.

Como resultado de todo lo que se ha dicho hasta el momento, podríamos concluir que toda relación de puestos de trabajo parece tener siempre una doble dimensión: la de estructuración del puesto y la de sus efectos sobre la carrera profesional y las retribuciones de los empleados públicos. A nuestro entender, las operaciones de definición del puesto, de determinación de su régimen jurídico y, si se quiere, de establecimiento de los requisitos necesarios para su desempeño, poseen una dimensión claramente organizativa que ha de separarse de sus consecuencias sobre determinadas condiciones de trabajo relacionadas con el ascenso en la estructura de puestos o con las retribuciones complementarias de los empleados públicos. No hacerlo así induce a una necesaria confusión de planos que permite a las representaciones de los funcionarios introducirse en decisiones de organización que han de tomar como único parámetro de ajuste las necesidades de los servicios que se han de prestar por una determinada organización pública.

5. Potestades de organización e instrumentos de gestión del personal

Tradicionalmente se relaciona la ordenación jurídica del empleo público con los instrumentos que se sistematizan en los distintos capítulos del Título V EBEP 2015 y que atienden a las materias siguientes: la planificación de recursos humanos, la estructuración del empleo público, la provisión de puestos y la movilidad⁸²³. Materias todas ellas conexas que guardan una evidente

⁸²³ La reflexión en ARROYO YANES, Miguel. Los instrumentos de gestión del empleo, *ob.cit.*, p. 19.

relación con la potestad de autoorganización administrativa, su ejercicio, y su necesidad o no de negociación.

De aquí deducimos la necesidad de proceder a un examen específico de una serie de figuras que resultan de una enorme relevancia para la organización del empleo público de una determinada Administración, como pueden ser los planes de ordenación de los recursos humanos, las ofertas de empleo público, las plantillas de personal y las relaciones de puestos de trabajo.

5.1. Los instrumentos de planificación de recursos humanos y su negociación

Como ya se ha dicho el artículo 69 EBEP 2015 prevé que las Administraciones públicas dispondrán de instrumentos de planificación de recursos humanos en base a una serie de objetivos como son los de contribuir a la consecución de la eficacia en la prestación de los servicios y de la eficiencia en la utilización de los recursos económicos, teniendo en cuenta que esa planificación se proyecta sobre una adecuada dimensión de los efectivos de que disponga cada Administración, mejorando su distribución, mediante la formación, la promoción profesional y la movilidad.

El precepto así formulado se refiere a las Administraciones públicas, con lo que parece afirmarse la plena capacidad de las entidades locales para aprobar sus planes en base a las medidas contenidas en el EBEP. Por si eso fuera poco, el Capítulo I, Planificación de recursos humanos, del Título V, Ordenación de la actividad profesional, a tenor de la Disposición final Cuarta EBEP 2015, produce efectos a partir de la entrada en vigor del mismo EBEP. Pero no estará de más observar que ya en su día se afirmó la plena competencia de las corporaciones locales, de acuerdo con su capacidad de autoorganización para adoptar, además de planes de empleo, otros sistemas de racionalización de recursos humanos, mediante programas adaptados a sus especificidades, que podían incluir todas o algunas de las medidas mencionadas en los preceptos que regulaban el contenido de los planes de empleo, así como incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada, tal como disponía la disposición adicional vigésima primera LMRFP, una disposición que no ha sido revocada por la disposición derogatoria única del EBEP 2015.

Una visión integradora de los preceptos mencionados nos llevaría a afirmar que las entidades locales pueden aprobar sistemas de racionalización de sus recursos humanos, mediante planes o programas adaptados a sus especificidades, que podrán incluir todas o algunas de las medidas

previstas en el artículo 69.2 EBEP 2015 y otras complementarias, como pueden ser las que incluyan incentivos a la excedencia voluntaria y a la jubilación anticipada⁸²⁴.

Aquí es importante recordar el carácter abierto de las medidas que pueden integrar un plan de ordenación de recursos humanos, ya que como se dijo en su momento el fundamento último de los planes de ordenación era la reasignación de efectivos, lo que tenía sentido en el ámbito de la Administración del Estado o de las comunidades autónomas dotadas de estructuras departamentales que aparecían como organización separadas y autónomamente dimensionadas, pero dejaba de tenerlo en las Administraciones locales que se configuraban como organizaciones netamente diferenciadas donde el problema no es la reubicación de los efectivos sino el correcto dimensionamiento de su volumen y la reducción de su temporalidad, lo que exigía una adaptación del instrumento que en su día se acabó procurando a través de una disposición adicional que actuaban como un instrumento indicativo u orientador de las posibilidades de la planificación de personal en la Administración local⁸²⁵.

El artículo 37.1.c) EBEP 2015 prevé explícitamente que serán objeto de negociación los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, una proposición que se ha de contrastar con la contenida en el párrafo m) del mismo precepto donde se dice que serán objeto de negociación los criterios generales sobre la planificación estratégica de recursos humanos en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Por lo tanto, la norma citada articula una distinción que debe subrayarse: una cosa es la negociación de los criterios de los planes estratégicos de recursos humanos, y otra distinta son los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.

Por esa vía, pues, parece introducirse en el EBEP la distinción contenida en el artículo 2.1 RIPPAE entre Planes Integrales de Recursos Humanos y Planes Operativos de Recursos Humanos. Una opinión que se refuerza si advertimos que el artículo 37 EBEP 2015 no utiliza la expresión planes para la ordenación de recursos humanos que sí contiene el artículo 69.2 EBEP 2015.

⁸²⁴ FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel. “Instrumentos esenciales para la planificación de recursos humanos en el ámbito local”. *El Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito local*. Granada: CEMCI, 2007, p. 7, nos recordará que para los instrumentos de planificación en el ámbito local la combinación de la disposición adicional vigésima primera LMRFP y del artículo 69 EBEP 2007, nos ha de llevar a la conclusión de que no se impone una denominación concreta.

⁸²⁵ Al respecto, PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La ordenación jurídica de los planes de empleo: referencia al ámbito local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 265, 1995, p. 58-62.

Parece entonces que a simple vista habría que establecer la diferenciación siguiente:

a) El objeto de la negociación serían los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos de carácter más operativo que tuvieran como finalidad lograr una mejor utilización de dichos recursos en una determinada organización.

b) El objeto de la negociación serían los criterios generales sobre la planificación más estratégica y global de los recursos humanos en aquellos aspectos que pudieran llegar a afectar a las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Nótese que los primeros son básicamente planes de racionalización y optimización de los recursos humanos existentes que se fundamentan en previsiones y medidas en materia de movilidad. Como elementos de reflexión se dirigen prácticamente a la reestructuración interna de los efectivos disponibles. Los segundos, que por cierto pueden integrar a los primeros, son planes que especifican los objetivos a conseguir en materia del número de efectivos del personal y estructura de los recursos humanos que se consideren adecuados para cumplirlos, con inclusión de las medidas necesarias para transformar la dotación inicial en la que resulte acorde con la estructura de personal que se pretenda y de las actuaciones necesarias que se hayan de producir al efecto.

Por tanto la distinción es importante y no puede partirse de una afirmación apriorística, por la que acabaríamos entendiendo que el objeto de la negociación son los planes para la ordenación de los recursos humanos sin otra matización o distinción sobre lo que efectivamente ha de ser objeto de negociación: los criterios para su confección o el mismo plan.

Avanzando en nuestro razonamiento, comencemos por lo más obvio. Para poder decidir sobre su posible negociación, el plan ha de existir como tal. Pero ninguna norma desarrolla, modela o define perfectamente lo que pueda ser un instrumento de planificación de recursos humanos⁸²⁶. Como mínimo sabemos que el plan ha de presentar elementos de reflexión sobre las disponibilidades y las necesidades de personal de una determinada organización administrativa. Sabemos también que el plan no es una circular o instrucción, una convocatoria o un procedimiento, sean estos negociados o no con los sindicatos⁸²⁷. De hecho, la negociación

⁸²⁶ SSTSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2006, JUR/2007/164036, de 5 de marzo de 2007, JUR/2007/203945 y de 13 de julio de 2007, JUR/2007/317612.

⁸²⁷ STS de 22 de febrero de 2016, ROJ: STS 577/2016. En cambio, la STSJ de Asturias de 12 de enero de 2015, ROJ: STSJ AS 3/2015, entiende que un plan económico-financiero de reequilibrio puede constituir el programa básico de ordenación de los recursos humanos de una determinada Administración dejando al margen los problemas de definición, contenido y tramitación.

no convierte ni homologa el contenido o los trámites previos propios de un verdadero plan que ordene el empleo en una determinada organización⁸²⁸.

Un auténtico plan exige una memoria justificativa motivada en la que se incluyan las disponibilidades y necesidades de personal, los efectivos con los que se cuenta y los que se quiere alcanzar en orden a la satisfacción del interés general, y las medidas necesarias para la transformación de la dotación inicial en la que resulte acorde con la estructura del empleo público que se pretenda, incluyendo las actuaciones necesarias al respecto que podrán consistir en la programación del acceso, la movilidad, la promoción y la clasificación profesional, con existencia siempre de un verdadero informe económico-financiero, y de criterios precisos y objetivos que guarden relación con las aptitudes, la formación, la experiencia y la antigüedad de los funcionarios que pueden resultar afectados por la medida de planificación⁸²⁹.

De hecho, no cualquier instrumento constituye un medio válido de planificación de los recursos humanos, pues dicha programación ha de comprender como mínimo la determinación de los objetivos que con tales efectivos se quieren alcanzar en orden a las necesidades o intereses generales a cuya atención está dirigido el correspondiente servicio, con la fijación del número y estructura de personal que se consideren idóneos para tales objetivos, y también, las medidas que resulten necesarias para llegar a tal número y estructura⁸³⁰.

El plan puede ser general o sectorial pero ha de tener siempre una cierta concepción de globalidad en la ordenación de los recursos humanos sin que sirva de mera cobertura para la

⁸²⁸ Véase el interesante voto particular anexo a las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2001, RJCA/2002/522 y de 13 de julio de 2011, RJCA/2004/403.

⁸²⁹ Las SSTS de 24 de octubre de 2012, ROJ: STS 8554/2012; de 7 de noviembre de 2012, ROJ: STS 8372/2012; y de 9 de febrero de 2016, ROJ: STS 514/2016, en una interpretación del artículo 13 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, revelaran lo siguiente: “(I) que el plan de ordenación de recursos humanos es la herramienta legalmente prevista para que la Administración competente, en materia de personal estatutario de los servicios de salud, ejercite su potestad de autoorganización mediante la planificación global de sus efectivos personales; (II) que esa planificación comprende, tanto la determinación de los objetivos que con tales efectivos se quieren alcanzar en orden a las necesidades o intereses generales a cuya atención está dirigido el correspondiente servicio de salud, como la fijación del número y estructura de personal que se consideren idóneos para tales objetivos y, también, las medidas que resulten necesarias para llegar a tal número y estructura; y (III) que tales medidas podrán consistir en la programación del acceso, la movilidad geográfica y funcional y la promoción y clasificación profesional”. La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de abril de 2016, ROJ: STSJ CL 1004/2016, advierte para un caso concreto que: “existen clamorosas omisiones de documentación para la aprobación de un auténtico Plan de Recursos Humanos; en ese sentido no existe una memoria justificativa motivada en la que se incluyan las disponibilidades y necesidades de personal, no se detalla cuáles son los efectivos con los que se cuenta para cumplir los objetivos del Plan; no se detallan las medidas necesarias para la transformación inicial en la que resulte acorde con la estructura del empleo público que se pretenda y las actuaciones necesarias al respecto; y por último, no existe un verdadero informe económico financiero: lo que se pretende sea informe económico financiero únicamente incluye pretendidos ahorros derivados de la amortización de plazas”.

⁸³⁰ STSJ de las Islas Baleares de 28 de abril de 2015, ROJ: STSJ BAL 380/2015.

regulación de un aspecto concreto de la relación de servicio que habilite o legitime la utilización de medidas muy concretas de excepción relacionadas con la movilidad, las retribuciones o las jubilaciones. Es decir, los planes son de ordenación de los recursos humanos. Existe, pues, una verdadera exigencia de globalidad en la ordenación⁸³¹. Sin duda el plan puede referirse a una concreta organización o servicio, en su totalidad o en un determinado sector o ámbito del mismo, pero siempre desde la exigencia de la globalidad de la ordenación prevista en cada caso como modelo sistemático de actuación⁸³². De la misma manera, el plan puede excluir determinadas actividades, y por ende los efectivos que las desempeñan, siempre que la decisión aparezca debidamente justificada y motivada en él mismo⁸³³. Pero la intermediación legislativa que permite acudir a mecanismos excepcionales de gestión del personal se produce exclusivamente a través de la confección y aprobación de verdaderos planes de ordenación que existan como tales y no como meras vestiduras formales, existencia que se acredita a través de la definición de unos objetivos, de un contenido y de un procedimiento que ha de respetarse porque legitiman el uso por la Administración de sistemas y mecanismos de excepción cuya causa y habilitación previa la proporciona única y exclusivamente una verdadera planificación de los recursos humanos⁸³⁴.

Sin dichos instrumentos, la Administración no puede acudir a la utilización de mecanismos de carácter excepcional ajenos a los generales que son los que resultan de aplicación ordinaria o a otros que se les parezcan aunque no puedan identificarse en puridad con un sistema de reordenación de efectivos⁸³⁵. No basta, pues, acudir a una genérica invocación de las

⁸³¹ STSJ de las Islas Baleares de 20 de octubre de 2015, ROJ: STSJ BAL 867/2015. Lo que parece desconocerse en la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2014, ROJ: STSJ CAT 3307/2014, donde se acepta un plan de empleo dirigido directamente a imponer una reducción del 15% de la jornada y la retribución de los puestos de trabajo ocupados por personal interino en base a una afirmación de la potestad de organización que se hace más patente cuando se trata de personal laboral temporal y de personal interino.

⁸³² SSTSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ CLM 3556/2015; y de Castilla-La Mancha de 18 de enero de 2016, ROJ: STSJ CLM 139/2016. En contra, con un interesante voto particular, la STSJ de Castilla y León de 21 de octubre de 2014, ROJ: STSJ CL 4547/2014.

⁸³³ STSJ de Madrid de 29 de octubre de 2015, ROJ: STSJ M 13119/2015.

⁸³⁴ Interesa destacar que las causas organizativas, técnicas, funcionales o económicas que permiten la adopción de determinadas medidas de excepción se consideran y justifican en el plan de ordenación en base a la consecución de los objetivos previstos en la planificación. Por tanto, el plan no es solo un vehículo de la medida excepción sino su motivación y justificación en base a los datos y las previsiones establecidas, tal como se advierte en la STSJ de La Rioja de 5 de marzo de 2015, ROJ: STSJ LR 119/2015.

⁸³⁵ Sobre la asimilación de un proceso de integración de efectivos a un proceso de redistribución de personal ligado a un plan de empleo y la necesidad de su negociación en la correspondiente mesa, las SSTSJ de Madrid de 19 de octubre de 2010, JUR/2011/109692; de Madrid de 14 de enero de 2011, JUR/2011/1932288; de Madrid de 1 de febrero de 2011, JUR/2011/193054; y de Madrid de 7 de mayo de 2011, RJCA/2010/597. La conceptualización de los supuestos de integración de efectivos en empresas públicas o en empresas concesionarias de los servicios públicos como supuestos de reordenación de personal, es decir, de redistribución de efectivos, acompañados de una privatización de la gestión, necesitados de un instrumento de planificación que ha de ser negociado por la representación del personal se puede ver la STSJ de Galicia de 27 de abril de 2016, ROJ: STSJ GAL 2257/2016.

“necesidades del servicio” para materializar el ejercicio de la potestad. Las causas o razones de las necesidades de la organización deben quedar reflejadas, expresadas y recogidas en el preceptivo plan de ordenación y no en cualquier otro texto, estudio o encuesta realizada, ya que la medida planificadora actúa como una auténtica causa justificativa para que la Administración pueda plantearse la adopción de una serie de decisiones de excepción en base a criterios objetivos⁸³⁶. Por tanto, la existencia de la causa o causas alegadas para la adopción del plan y la razonabilidad y adecuación de las medidas propuestas permiten un juicio de oportunidad e idoneidad sobre el contenido último de dicho plan⁸³⁷.

Aquí es importante recordar que la legislación vigente y la doctrina de nuestros tribunales exige imperativamente la adopción previa de una medida de planificación que se ajuste en su contenido y elaboración a las previsiones que marca la norma jurídica para suspender la incorporación de personal externo a un determinado ámbito o limitar la convocatoria de concursos de provisión a puestos de personal de ámbitos que se determinen, tal como previene el artículo 69.1.c) EBEP 2015, ordenar la movilidad del personal funcionario de carrera, de acuerdo con el artículo 81 EBEP 2015, o autorizar la prórroga de la edad de jubilación forzosa, tal como puede deducirse del artículo 67.3 EBEP 2015, medidas todas ellas que aun siendo un contenido potestativo del plan de empleo constituyen a dicho instrumento en un requisito esencial de validez para la adopción de las mismas y para la introducción de una dinámica propia de reordenación contenida en el propio plan y, en definitiva, autorizada por el mismo⁸³⁸. Exigencia que debe distinguirse de otros supuestos en los que simplemente el plan actúa como una motivación válida de determinadas elecciones sobre política de personal, que aparecen así previamente justificadas como pueden ser la opción por un determinado sistema de selección o la adopción de medidas de promoción interna en detrimento del acceso libre y abierto⁸³⁹.

La exigencia del plan y de un determinado formato del mismo puede verse desde otra perspectiva: la utilización de un instrumento y la tramitación de un procedimiento que garantice la transparencia de la operación, su estudio y discusión, y que acabe con un elenco de medidas integradas que puedan ser consideradas como una verdadera operación de racionalización de efectivos⁸⁴⁰.

⁸³⁶ Lo que no puede utilizarse es la existencia de un determinado plan o programa para actuar de forma arbitraria al margen de los sistemas generales e ignorando los criterios que el propio plan establece, tal como se dice en la STSJ de Murcia de 29 de febrero de 2016, ROJ: STSJ MU 486/2016.

⁸³⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2014, ROJ: STSJ CLM 1434/2014.

⁸³⁸ STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2015, ROJ: STSJ GAL 1677/2015.

⁸³⁹ STSJ de Galicia de 3 de diciembre de 2008, JUR/2009/117025.

⁸⁴⁰ STSJ de Galicia de 21 de junio de 2005, JUR/2005/194096.

En cualquier caso el plan no es una norma jurídica. Los instrumentos de planificación del personal resultan ser una expresión de la potestad de organización, a cuyo amparo se ejerce la competencia de planeamiento y programación en materia de gestión de personal⁸⁴¹. Los planes de ordenación de los recursos humanos no tienen el carácter de disposición general⁸⁴². La reconsideración de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de los supuestos dudosos de disposiciones de carácter general en materia de personal funcionario, nacida a propósito de la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo ha alcanzado también a los instrumentos de la planificación de recursos humanos que carecen ahora de carácter normativo⁸⁴³. El plan es un acto de naturaleza esencialmente organizativa y programática⁸⁴⁴.

El plan es en el fondo un modelo sistemático de una actuación que se elabora anticipadamente para dirigirla y encauzarla. El plan, la planificación, es pues algo previo, un proyecto que muestra el resultado pretendido y los medios necesarios para ello a través de la exposición y consideración de los recursos de los que se dispone, de los que se han de incorporar a estos junto con los cauces para obtenerlos y de la actuación que deba aplicarse sobre unos y otros desde los distintos enfoques que se estimen oportunos. En todo caso, el plan es por sí mismo un instrumento que carece de eficacia práctica e inmediata. El plan para llevarse a cabo depende en última instancia de la ejecución de las distintas medidas que hayan podido plantearse en su estructura y contenido. El plan por sí sólo, en principio, no modifica la realidad, es un proyecto, o si se quiere una justificación y habilitación de una serie de medidas que solo a través del plan será lícito adoptar pero que se llevaran a la práctica a través de los instrumentos de actuación y actos de ejecución que correspondan⁸⁴⁵.

El plan es un instrumento de racionalización de las estructuras de personal que puede afectar a la relaciones de puestos de trabajo y a las plantillas presupuestarias. La previsión de medidas incorporadas al plan es únicamente una posibilidad pero no un componente imprescindible del mismo⁸⁴⁶. De hecho, dichos planes deben contener las líneas de la política de personal que luego

⁸⁴¹ STSJ del País Vasco de 12 de febrero de 2009, JUR/2009/346987.

⁸⁴² SSTs de 28 de febrero de 2014, ROJ: STS 1168/2014; de 21 de julio de 2015, ROJ: STS 3617/2015; y de 25 de noviembre de 2015, ROJ: STS 4880/2015.

⁸⁴³ Un carácter que se había afirmado de antiguo por la STS de 16 de junio de 2006, RJ/2006/3375, y más recientemente por las SSTs de 9 de abril de 2013, ROJ: STS 2114/2013; y de 23 de septiembre de 2013, ROJ: STS 4707/2013.

⁸⁴⁴ STS de 11 de noviembre de 2015, ROJ: STS 4991/2015.

⁸⁴⁵ SSTSJ del País Vasco de 15 de julio de 2015, ROJ: STSJ PV 2623/2015; y de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2015, ROJ: STSJ CL 5253/2015. La STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2014, ROJ: STSJ M 8627/2014, describe al plan como un legítimo ejercicio de la potestad de organización que pretende el establecimiento de un cuadro marco, abierto y flexible, en el que se recogen las líneas de actuación en el ámbito de recursos humanos, que ha de ser objeto de desarrollos posteriores para la consecución de los objetivos que en el mismo se establezcan.

⁸⁴⁶ STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de octubre de 2014, ROJ: STSJ CL 4547/2014.

se vehiculizan mediante los instrumentos correspondientes en función de las determinaciones que prevengan. El plan se encuadra dentro de un proceso global de racionalización, entre cuyos contenidos y previsiones pueden estar una serie de disposiciones sobre puestos y dotaciones de personal que deben llevarse posteriormente al instrumento adecuado que puede ser la relación de puestos, la plantilla presupuestaria o la oferta pública de empleo, actuando como presupuesto concionante de los mismos. El plan, de hecho, es un instrumento necesario pero no suficiente de una política de racionalización de personal. Por su propia finalidad resulta ser un instrumento abierto de programación de recursos humanos. De ahí que el plan precise de un desarrollo posterior sobre la relación o las plantillas pero el plan puede no afectar directamente a la promoción interna, a la provisión de puestos de trabajo o al régimen retributivo⁸⁴⁷.

Lógicamente, la ausencia de determinados instrumentos de personal no impide tampoco la aprobación de un plan. La virtualidad de un instrumento de planificación de recursos humanos dirigido a la reestructuración interna de los efectivos no depende de que una determinada organización cuente o no con una relación de puestos de trabajo. La falta de una relación no impide la aprobación de un plan de ordenación de recursos humanos cuyas previsiones pueden trasladarse a los instrumentos organizativos existentes en una entidad para la ordenación de su personal, como es la plantilla presupuestaria⁸⁴⁸. En el bien entendido siempre de que el plan, la relación, la plantilla o la oferta de empleo, son instrumentos distintos, con regulación y objetivos diferentes, que no deben ser confundidos, y mucho menos pueden englobar uno a los otros, contrariando la voluntad de las normas jurídicas que los conciben como instrumentos de ordenación y gestión separados⁸⁴⁹.

Es precisamente el carácter descriptivo y propositivo del plan el que induce en última instancia una doctrina judicial que considera que el plan, como propuesta de optimización de los recursos humanos, no ha de ser objeto de negociación, ya que su puesta en funcionamiento requiere de acciones y decisiones expresas y tasadas para ser efectivas; es por ello que su aprobación no exige de negociación, sino que son los instrumentos, actuaciones y decisiones que plasmarán en hechos las propuestas realizadas en su programación las que deberán ser negociadas por la Administración⁸⁵⁰.

⁸⁴⁷ STS de 27 de mayo de 2013, ROJ: STS 3272/2013.

⁸⁴⁸ SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 9 de junio de 2006, JUR/2006/176380; y de Castilla y León, Burgos, de 10 de abril de 2008, JUR/2008/150247.

⁸⁴⁹ STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2005, JUR/2006/86513.

⁸⁵⁰ STSJ del País Vasco de 27 de diciembre de 2002, JUR/2003/108005.

Un planteamiento que puede ser válido para los llamados planes estratégicos pero que resulta de más difícil aceptación para los planes más inmediatos y operativos o, incluso, para aquellos instrumentos de planificación de carácter más complejo que incluyen medidas propositivas pero también otras más concretas de naturaleza resolutoria cuya ejecución se diseña en una adecuada relación de continuidad con la planificación de las necesidades de personal y sin referencia a actuaciones intermedias entre la aprobación y la ejecución, bastando al efecto que exista una razonable adecuación temporal entre todos los instrumentos –plan de recursos humanos, relación, plantilla e implementación de medidas concretas- para que la misma aprobación del plan pueda llegar a comportar una efectiva incidencia en la modificación de las condiciones de trabajo preexistentes necesitada de negociación⁸⁵¹.

De todo ello también debería deducirse que aquellos planes más globales o generales, carentes de una incidencia inmediata y resolutoria en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos no deberían ser objeto de negociación más allá de lo que pudieran ser sus criterios generales con incidencia mediata en las condiciones de trabajo⁸⁵². Más aún, difícilmente pueden ser objeto de negociación determinados parámetros propios de un proceso de planificación que integran y justifican las medidas de racionalización como pueden ser los estudios de población, análisis de actividad, análisis de plantilla y estudios de efectividad por edad y actividad, que tienen una naturaleza objetiva y dan origen a instrumentos descriptivos, flexibles y abiertos que sirven de punto de partida para desarrollos posteriores⁸⁵³.

Una negociación, la estratégica, para la que no debería resultar un impedimento el carácter mixto o común de la misma, ya que el plan puede contener un tratamiento conjunto para el personal funcionario y el laboral, integrado dentro del sistema de negociación propio del establecido para las materias comunes en el EBEP⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ SSTS de 22 de septiembre de 2010, ROJ: STS 4882/2010; y de 3 de noviembre de 2015, ROJ: STS 4836/2015. La naturaleza compleja de determinados instrumentos de planificación puede advertirse en la STSJ de La Rioja de 21 de noviembre de 2012, ROJ: STSJ LR 728/2012.

⁸⁵² STSJ de Galicia de 16 de mayo de 2012, JUR/2012/295911.

⁸⁵³ Véase al respecto la narración de la negociación del Plan de Ordenación de Recursos Humanos del servicio Madrileño de Salud que se contiene en la STSJ Madrid de 18 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ M 14197/2013.

⁸⁵⁴ De hecho, la STS de 16 de julio de 1998, RJ/1998/7021, ya había admitido que los llamados entonces planes de empleo se trataran dentro del: “sistema negociador previsto para los funcionarios públicos”.

5.2. La oferta de empleo público y su negociación

5.2.1. Aspectos cuantitativos y cualitativos de la oferta de empleo público

La elaboración del instrumento que denominamos oferta de empleo público es de factura compleja. La oferta de empleo público para un determinado ejercicio presupuestario ha de contener las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que deban proveerse mediante la incorporación de personal de nuevo ingreso. Por tanto, la oferta define y cuantifica los efectivos de personal que habrán de seleccionarse en función de las necesidades y prioridades derivadas de la organización de los servicios. La concreción de su número y la especificación de los cuerpos y escalas de personal funcionario o de los grupos profesionales de personal laboral por ofertar es fruto de una decisión libre de la Administración con las únicas vinculaciones que se deriven de las plantillas, de las relaciones de puestos de trabajo y de los criterios contenidos en las correspondientes leyes presupuestarias⁸⁵⁵.

Lo cierto es que la cuantificación de las plazas a incluir en la correspondiente oferta de empleo público anual para la incorporación de nuevo personal estará sometida a los límites establecidos en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, donde se determinará la tasa de reposición de efectivos para los diferentes ámbitos y sectores de actuación pública.

Las tasas de reposición de efectivos que se obtienen del cálculo de la diferencia resultante entre el número de empleados fijos que, durante el ejercicio presupuestario anterior, dejaron de prestar servicios en cada uno de los respectivos sectores, ámbitos, cuerpos o categorías, y el número de empleados fijos que se hubieran incorporado en los mismos, en el referido ejercicio, se considera a todos los efectos un mecanismo efectivo de control del gasto público que resulta amparado en el artículo 149.1.13 CE, el cual remite a la competencia básica del Estado sobre la materia bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y en el artículo 156.1 CE, que contiene el principio de coordinación con la Hacienda estatal de las haciendas territoriales y el de solidaridad entre todos los españoles⁸⁵⁶.

Por tanto, las normas presupuestarias señalan cuantitativa y sectorialmente las plazas que se pueden incluir en las correspondientes ofertas, reconociéndose que la competencia estatal de ordenación general de la economía prevista en el artículo 149.1.13 CE y el principio de

⁸⁵⁵ STS de 4 de mayo de 2009, ROJ: STS 3149/2009. Encuadrando la facultad para determinar las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes en la potestad de autoorganización, la STSJ de Aragón de 7 de julio de 2009, ROJ: STSJ AR 1467/2009.

⁸⁵⁶ Extraemos los conceptos enunciados del artículo 19.Uno.4 y 19.Siete de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017.

coordinación de la autonomía financiera del artículo 156.1 CE, justifican que el Estado pueda limitar la oferta de empleo público por parte de las Administraciones territoriales. Así, desde la perspectiva del artículo 149.1.13 CE, no resulta difícil admitir que dicha limitación está dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público como es el capítulo de personal, estableciéndose al efecto la idoneidad de los presupuestos generales del Estado, en tanto que vehículo de dirección y orientación de la política económica del gobierno, para limitar la oferta de empleo público⁸⁵⁷.

Con todo, más allá de circunstancias excepcionales, se debe reconocer que la limitación de la oferta de empleo público a través de la técnica del tope máximo porcentual, así como la utilización de criterios genéricos, como puede ser el carácter absolutamente prioritario de los sectores, funciones y categorías en que debe concentrarse no predeterminan un resultado singular que deje al margen el necesario proceso de negociación, aunque no puede negarse que la disposición de las normas presupuestarias fijando tasas de reposición mínimas o limitando taxativamente los sectores donde estas pueden actuar, sin perjuicio de sus posibilidades de redistribución o acumulación, ofrecen un menor margen al desarrollo propio de los correspondientes instrumentos de gestión de efectivos de personal y a su posible negociación.

De la misma manera, hay que tener en cuenta que la oferta de empleo público no se limita solo a la cuantificación de plazas a incorporar y a su distribución en función de ámbitos y sectores que se puedan entender como prioritarios. El artículo 70.3 EBEP 2015 nos advierte de que dicha oferta o instrumento similar podrá contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos. Es decir, la oferta de empleo puede contener medidas que tradicionalmente se han extendido a la determinación de criterios generales de aplicación en los procesos selectivos y sobre la publicidad y gestión de los mismos, acceso y promoción para personas con discapacidad de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 EBEP, que reserva un 7 por ciento de las plazas a ofertar para ser cubiertas por personas con discapacidad, autorización para convocar plazas para promoción interna o convocatorias de procesos selectivos para la estabilización o la consolidación de empleo temporal⁸⁵⁸.

⁸⁵⁷ SSTC 178/2006, de 6 de junio; 194/2016, de 16 de noviembre; y 82/2017, de 22 de junio

⁸⁵⁸ La naturaleza sustantiva de estas determinaciones que se dirigen a los órganos competentes en materia de personal no es reglamentaria y se deben realizar respetando los límites operativos que pueden introducir los instrumentos de ordenación del personal, fundamentalmente la plantilla y la relación de puestos de trabajo, tal como se explicita en PALOMAR OLMEDA, Alberto. La oferta de Empleo Público ante el control jurisdiccional, *ob.cit.*, 2008, p. 815-820.

Por tanto, la oferta de empleo público no es un simple instrumento cuantitativo de oferta de plazas por cubrir sino también un instrumento de diseño de las posibles convocatorias y procesos selectivos derivados de la correspondiente oferta que vienen a plasmar los criterios que al respecto puedan contenerse en los diferentes instrumentos de gestión de personal.

5.2.2. Los títulos de la negociación

El artículo 37.1.1) EBEP determina concretamente que serán objeto de negociación: “Los criterios generales sobre ofertas de empleo público”. Dicho precepto parece contener la obligación de negociar criterios generales que puedan referirse a una pluralidad de ofertas de empleo público y no a la negociación de una oferta concreta de empleo público. Si lo que se negocia son los criterios generales sobre ofertas de empleo público, eso significa a contrario que se excluye de la negociación la oferta anual de empleo público⁸⁵⁹.

Sin embargo, lo cierto es que otra norma estatal, que se considera tiene carácter supletorio para todos los funcionarios de las Administraciones públicas, como puede ser el RIPPAGE, incorpora una disposición adicional séptima, en la que se nos dice: “La oferta de empleo público, los planes de recursos humanos y los sistemas y el diseño de los procesos de ingreso, promoción y provisión de puestos de trabajo serán objeto de negociación”. De hecho, existe en nuestra doctrina judicial una posición que en base a la norma citada sostiene la obligación de

⁸⁵⁹ Un criterio que se sostiene en STS de 21 de abril de 2008, RJ/2008/2617. Las SSTSJ de Madrid de 17 de julio de 2009, ROJ: STSJ M 15762/2009; y de Andalucía, Sevilla, de 2 de marzo de 2010, JUR/2010/245659, nos dirán que el objeto de la negociación son los planes sobre ofertas de empleo público, no debiendo confundirse la negociación de dichos planes con la negociación de una oferta de empleo público, lo que a todos los efectos se considera un concepto jurídico sensiblemente diferente que además no afecta a las condiciones de trabajo. A resaltar que late en estas últimas decisiones el redactado del artículo 32.c) LORAP que consideraba objeto de la negociación: “La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público”. Ya en sintonía con el EBEP la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2013, ROJ: STSJ CLM 1010/2013, seguirá advirtiendo que el objeto de la negociación son “los criterios generales sobre ofertas de empleo público” y no cada una de las ofertas de empleo público. Más específicamente, la STSJ de 16 de septiembre de Murcia de 2013, ROJ: STSJ MU 2221/2013, dirá que: “para determinar lo que debe ser objeto de negociación hay que atender a lo dispuesto en el artículo 37.1.i) EBEP que dice que serán objeto de negociación los criterios generales sobre ofertas de empleo público. De este modo corresponde a la autonomía colectiva negociar aspectos que repercutan sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (distribución de la oferta de empleo público entre los distintos grupos, cuerpos, promoción interna, criterios de selección, reserva a favor de personas con discapacidad, etc...). Con este precepto el legislador pretende que la oferta de empleo público, en cuanto tal, no pase a la esfera negocial, sino que continúe siendo objeto de decisión unilateral de la Administración. No se exige que anualmente se presente a la Mesa de Negociación un proyecto de oferta de empleo público sino que se sometan a negociación los criterios generales para que con arreglo a ellos los órganos de gobierno de las Administraciones públicas aprueben las ofertas de empleo público (art. 70 EBEP).”

negociar la oferta de cada año⁸⁶⁰. Pero eso sí, en el marco siempre de la legislación presupuestaria, lo que puede reducir y hasta excluir o privar de eficacia al deber de negociación⁸⁶¹.

La ubicación del artículo 70 EBEP 2015 que regula la oferta de empleo público en el Título V, Capítulo I EBEP 2015, dedicado a la planificación de recursos, parece considerar la oferta como un plan o instrumento de planificación que ha de ser objeto de negociación, lo que a nuestro entender aporta poca cosa ya que el objeto de la negociación son también las normas que fijen criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, lo que nos devuelve a la casilla de salida sin aportar mayor individualización y concreción de la materia que ha de ser considerada de necesaria negociación⁸⁶².

Finalmente, conviene también dar cuenta de aquella opinión en la que se sostiene la no necesidad de negociación de la oferta por su directa conexión con la plantilla presupuestaria que a su vez está excluida del procedimiento de negociación. Como ya se ha indicado, cada uno de los instrumentos de ordenación y gestión de personal tienen una individualidad propia, sin excluir a la vez una indudable conexión fruto de su complementariedad, lo que impide el tratamiento secuencial de los mismos, olvidando el margen de discrecionalidad que la Administración retiene para el diseño y configuración de cada uno de ellos⁸⁶³.

De la misma manera tampoco resulta factible sostener que la negociación de la relación de puestos de trabajo predetermina y orienta la negociación de los planes de oferta pública recordando al efecto la finalidad autónoma de la oferta que no es otra que racionalizar la selección de personal mediante la determinación de los puestos o plazas vacantes que pretendan cubrirse durante un ejercicio presupuestario⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ SSTS de 9 de junio de 2008, ROJ: STS 3064/2008; y de 18 de mayo de 2011, ROJ: 13 de abril de 2011, ROJ: STS 2314/2011. En esta dirección, la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 18 de febrero de 2011, JUR/2011/378412.

⁸⁶¹ En este sentido, hay que recordar la vigencia de la doctrina sentada en la STS de 29 de mayo de 1997, RJ/1997/4534.

⁸⁶² La consideración de la oferta de empleo público como un plan o instrumento de planificación de recursos humanos que ha de ser objeto de negociación en la STS de 18 de mayo de 2011, RJ/2011/4447. El rechazo de la identificación entre un plan de empleo y la oferta de empleo público a efectos de negociación en la STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 11 de febrero de 2002, JUR/2002/277385

⁸⁶³ STS de 18 de mayo de 2011, RJ/2011/4447. En esta dirección puede citarse como un antecedente claro de la doctrina expuesta la STSJ de Galicia de 25 de marzo de 2009, ROJ: STSJ GAL 1688/2009, y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de septiembre de 2008, ROJ: STSJ CV 5833/2008, y de la Comunidad Valenciana de 13 de enero de 2010, ROJ: STSJ CV 363/2010.

⁸⁶⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2004, JUR/2005/4066.

Por tanto, el objeto último de negociación son los criterios generales sobre ofertas de empleo público, lo que incluye también la negociación de los criterios generales que se pueden utilizar para la elaboración de una particular oferta de empleo público correspondiente a un determinado ejercicio presupuestario. Lógicamente, si el objeto de la negociación son los criterios generales para proceder a su elaboración, ello implicaría también que lo que se ha de negociar son dichos criterios y no la oferta de empleo público que pudiera resultar de la aplicación de los mismos, lo que nos remite al contenido mismo de dicha negociación.

5.2.3. El contenido de la negociación

A la vista de lo que llevamos dicho, puede entenderse perfectamente que la negociación de la oferta pública haya de extenderse a sus aspectos cuantitativos y cualitativos. Es decir, la negociación habrá de proyectarse sobre la posible configuración de las correspondientes ofertas de empleo público autorizadas por la legislación presupuestaria como pueden ser las ofertas públicas generales y adicionales, la aplicación de las tasas de reposición y su distribución entre ámbitos, sectores, escalas, subescalas y clases de personal funcionario y grupos profesionales de personal laboral, y, finalmente, sobre sus posibilidades de acumulación.

De la misma manera, es evidente que la oferta pública de empleo contiene una serie de criterios mínimos pero sustanciales sobre los procesos selectivos, sus convocatorias, publicidad y gestión de los mismos que han de ser objeto de negociación⁸⁶⁵.

Una negociación que ha de poder contrastar y concretar también los porcentajes de reserva a minusválidos, los de promoción interna que se contengan en las normas respectivas y el cumplimiento de las medidas de reducción del empleo temporal o de funcionarización que se hayan podido pactar a nivel general⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ La STSJ de Andalucía, Sevilla, de 1 de julio de 2010, ROJ: STSJ AND 13153/2010, admite que a través de la negociación colectiva pueda concretarse un plazo de seis meses para la convocatoria de las plazas incorporadas a la oferta de empleo público que se considera muy inferior al de tres años que prevé el artículo 70.1 EBEP para su ejecución.

⁸⁶⁶ La STS de 17 de febrero de 2003, ROJ: STS 1035/2003, debate la necesidad de negociar la oferta desde la perspectiva estricta del derecho a la promoción interna, es decir, desde el planteamiento de los actores sindicales que en el diseño de la oferta se reserve un porcentaje equitativo de plazas a la promoción interna en función de las existentes, de las necesidades reales, y teniendo en cuenta los méritos y las capacidades de los ya funcionarios. La existencia de acuerdos previos en materia de estabilización del personal temporal condicionan la configuración que pueda hacer la Administración de la oferta de empleo constituyendo un elemento reglado que obliga a la inclusión de las plazas correspondientes, tal como se advierte en la STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 22 de septiembre de 2006, JUR/2006/257639, todo ello siempre y cuando, como se cuida de resaltar la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de septiembre de 2013, JUR/2013/351976, no presuponga un incumplimiento de las disposiciones presupuestarias que resultarían plenamente aplicables al margen de lo acordado en la

Por lo tanto, lo que se ha de negociar no es solo la preparación de la oferta pública sino su diseño e integración. De hecho la oferta de empleo público realiza la ordenación de las plazas a ofertar pero determina también la modalidad de acceso a utilizar –acceso para personas con discapacidad; promoción interna; estabilización de empleo temporal; funcionarización- y establece también los criterios generales para la disposición de los diferentes procesos selectivos, su gestión y su publicidad, aspectos todos ellos que resultan sustanciales desde la perspectiva lógica de un proceso de negociación que ha de versar sobre los criterios generales por introducir en las diferentes materias que hemos tratado de concretar en este epígrafe.

5.3. Las plantillas de personal y su negociación

5.3.1. La necesidad de distinguir entre plantillas y plantillas orgánicas

En cualquier planteamiento que se haga sobre este instrumento de personal resulta necesario distinguir entre plantillas a secas y plantillas orgánicas, una diferenciación que ha de llevarse también a la separación entre plazas y puestos como elementos esenciales de uno y otro medio de gestión.

De hecho, la necesidad de esa separación se refuerza si se tiene en cuenta un elemento histórico y un elemento normativo que propician una cierta confusión. La plantilla orgánica era un catálogo o inventario de todos los puestos de trabajo de una organización que permitía la identificación y agrupación de dichos puestos por centros y dependencias, es decir, un instrumento de ordenación del personal que había de ajustarse a las necesidades de los servicios, teniendo en cuenta principios de productividad creciente, racionalización y mejor organización del trabajo, tal como nos decía el artículo 52.1 LFCE, que también se ocupaba de señalar que dichos instrumentos habían de permitir, en su caso y sin detrimento de la función pública, una reducción de plantillas con la consiguiente disminución del gasto público. Según el artículo 52.3 LFCE, todos los centros y dependencias de la Administración del Estado debían formar sus correspondientes plantillas orgánicas, en las que se relacionarían, debidamente clasificados, los puestos de trabajo de que constaran. Sobre esta clasificación de puestos el artículo 53.1

correspondiente Mesa de Negociación. Sobre la indeterminación y falta de eficacia directa del compromiso de incluir en la oferta las plazas vacantes que se consideren necesarias, la STSJ del País Vasco de 11 de febrero de 2010, ROJ: STSJ PV 5245/2010. La STSJ de La Rioja de 25 de noviembre de 2011, ROJ: STSJ LR 805/2011, admite como contenido posible de la negociación la conversión de personal laboral fijo en funcionario y los términos cuantitativos y temporales para su realización, lo que no ha de confundirse con la imposición de la prohibición de la amortización o extinción de dichas plazas hasta que se haya operado la correspondiente transformación.

LFCE disponía que se acabaran determinando los reservados a los distintos cuerpos de funcionarios, sus características singulares, condiciones de ejercicio y su nivel en la respectiva organización jerárquica. En la misma línea el artículo 98 LFCE preveía, entre los derechos económicos de los funcionarios, un complemento de sueldo de destino para los que ocuparan puestos que pudieran requerir una particular preparación técnica o implicaran especial responsabilidad, mientras que el artículo 46 LFCE exigía la determinación de los puestos que excepcionalmente se hubieran de proveer por libre designación y que, por tanto, quedaban excluidos del régimen general de concursos. Aquí conviene diferenciar la plantilla orgánica de las llamadas relaciones de cuerpos. De hecho, el artículo 27.1 LFCE, preveía que para cada Cuerpo se formaría una relación circunstanciada de todos los funcionarios que lo integraran, cualquiera que fuera su situación, excepto los jubilados, ordenados por la fecha de su nombramiento, respetando el orden obtenido en las correspondientes pruebas selectivas.

Dichos instrumentos, plantilla orgánica y relación del cuerpo, serían sustituidos por las previsiones de los artículos 14, 15 y 16 LMRFP en la que se hacía una apuesta decidida por la introducción de las relaciones de puestos manteniendo las plantillas de personal a los solos efectos presupuestarios. Por eso se ha podido decir que la plantilla orgánica y la relación de cada cuerpo resultan ser un antecedente válido de la de la relación de puestos y de la plantilla de personal que ha generado una cierta confusión que perdura hasta nuestros días⁸⁶⁷.

Una confusión que se agranda en el campo específico de la Administración local si tenemos en cuenta que el artículo 90 LRBRL establece que corresponde a cada corporación local aprobar anualmente la plantilla a través del presupuesto, que deberá comprender todos los “puestos de trabajo” reservados a funcionarios, personal laboral y eventual, advirtiéndose al respecto que dicha plantilla deberá responder a los principios de racionalidad, economía y eficiencia, establecerse de acuerdo con la ordenación general de la economía, sin que los gastos de personal puedan rebasar los límites que se fijen con carácter general. Van a ser precisamente estos elementos de identificación los que van a propiciar posteriormente la confusión generada en torno a los conceptos de puesto y plaza, cuando el primero es una unidad de la organización y el segundo un elemento básicamente profesional y presupuestario.

De ahí que se quiere advertir aquí que el concepto que se maneja es el de la plantilla a secas o si se quiere el de plantilla como elemento reflejo de las dotaciones presupuestarias, fundamentado en el artículo 14.5 LMRFP y en el artículo 90.1 LRBRL. Unos preceptos de

⁸⁶⁷ ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep. Les relacions de llocs de treball, *ob.cit.*, p. 33.

alcance muy limitado cuya expresión en la legislación básica estatal no resulta muy explícita y, en todo caso, no va más allá de demandar que todo el personal aparezca en plantilla clasificado en base a su régimen jurídico como funcionario, laboral o eventual, lo que por cierto no es mucho. De la misma manera dichos preceptos establecen una clara vinculación entre plantilla y presupuesto, de forma que la plantilla se aprueba anualmente con ocasión de la aprobación del presupuesto, lo que en la práctica la convierte en una consecuencia y un anexo del mismo.

5.3.2. Los títulos de la negociación

En la larga enumeración de materias que realiza el artículo 37.1 EBEP 2017 no hay ninguna referencia directa a la plantilla como objeto de negociación. De ahí que la obligación de negociar las plantillas se haya querido obtener a través de la técnica de conexión con otras materias que se consideran de obligada negociación.

Dicha conexión se ha pretendido obtener de una indirecta obligación de negociar los capítulos de personal del presupuesto anual, aludiendo a la inescindible relación entre plantilla y presupuesto, idea que se completa con la necesidad de abordar las materias de índole económica en la correspondiente mesa de negociación. El planteamiento es sencillo: si el presupuesto entendido como materia económica ha de ser objeto de negociación y la plantilla es un anexo del presupuesto que refiere a las dotaciones presupuestarias en materia de personal, la plantilla ha de ser objeto de negociación por considerarse una “materia económica”. Ahora bien, la tesis expuesta se fundamenta en una reminiscencia del artículo 32.k) LORAP que a modo de cláusula de cierre consideraba objeto de negociación las “materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración”. Pues bien, decaída dicha cláusula después de la aprobación del EBEP, que refiere las materias objeto de negociación de una manera más concreta y detallada, no parece que pueda imponerse a la Administración una obligación de negociar la plantilla, se considere o no un elemento de índole económico⁸⁶⁸.

⁸⁶⁸ Con todo, lo cierto es que existe en nuestra doctrina judicial una tendencia a considerar el presupuesto, y sobre todo su capítulo I, como un resultado de una serie de aspectos relacionados con el empleo público, como pueden ser la oferta de empleo, plantillas, catálogos y retribuciones, lo que transforma dicho documento en un instrumento que contiene cuestiones propias de índole económica y financiera, y otras, de diferente carácter y naturaleza atinentes a los temas de personal, con lo que acaba convirtiendo al presupuesto en un objeto más de negociación, tal como se puede ver en la STS de 14 de abril de 2000, ROJ: STS 3193/2000. En la misma línea, recogiendo la doctrina citada, la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de septiembre de 2008, ROJ: STSJ CLM 2910/2008; más

Se utiliza también la técnica de conexión cuando se señala que la oferta de empleo público es por naturaleza un resultado último de las plazas vacantes consideradas en la plantilla presupuestaria, con lo que la aprobación de la plantilla tiene repercusión sobre la oferta por lo que debería ser objeto de negociación.

De la misma manera se confunde la relación de puestos con la plantilla, utilizándose al respecto de una forma interesada el texto del artículo 90.1 LRBRL que se refiere a una plantilla comprensiva de todos los puestos de trabajo, lo que permite afirmar una conexión directa entre la plantilla y la relación de puesto que se plasma en el presupuesto, deduciéndose de esta serie de conexiones la obligada negociación del presupuesto y la plantilla si se quiere hacer efectivo el mandato legal de negociación de la clasificación de puestos de trabajo.

Dichas relaciones de conexión y de interdependencia son rechazadas por una doctrina judicial en la que se afirma de una forma clara y terminante la plena individualidad de la plantilla subrayando que la plantilla de personal, la oferta de empleo público y la relación de puestos son instrumentos de ordenación del personal diferentes aunque haya de reconocerse cierta relación entre los mismos, lo que exige una determinada correspondencia, considerándose al respecto que la finalidad de la plantilla es predominantemente de ordenación presupuestaria a través de la estructuración de las plazas de los distintos cuerpos y escalas lo que, en principio, la exime de la negociación colectiva⁸⁶⁹.

recientemente, la STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2016, ROJ: STSJ M 6096/2016, previene que cuando el contenido del presupuesto afecte a las condiciones de trabajo del personal funcionario se exige el requisito de negociación colectiva.

⁸⁶⁹ Tal como se señala en las SSTS de 16 de noviembre de 2001, ROJ: STS 8951/2001; de 12 de diciembre de 2003, RJ/2004/400; de 20 de octubre de 2008, ROJ: STS 5629/2008; y de 7 de abril de 2014, ROJ: STS 1790/2014. La confusión entre plantilla y relación, entre creación de plazas y de puestos, está bien presente en la STS de 24 de junio de 2011, JUR/2011/255513; de la misma manera, la STS de 22 de octubre de 2012, ROJ: STS 6941/2012, considera necesaria la negociación del capítulo I del presupuesto municipal por considerar que obra en el expediente justificativo del mismo una relación de plazas de nueva creación con incidencia en aspectos económicos y de contenido sustantivo que se habrán de reflejar en las correspondientes relaciones de puestos, lo que atrae la modificación de plantilla al ámbito de la negociación. En la línea mayoritaria de rechazar la negociación de la plantilla por considerarla un instrumento de carácter más bien financiero o presupuestario de ordenación del gasto que constituye una enumeración de todos los puestos –o mejor plazas– que están dotados presupuestariamente y cuya finalidad es delimitar los gastos de personal al relacionar todos los que se prevén para un ejercicio presupuestario sin fijar o afectar, por consiguiente, las condiciones de trabajo, las SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 5 de mayo de 2008, ROJ: STSJ CL 1423/2008; de Castilla y León, Burgos, de 31 de julio de 2008, RJCA/2008/460; de Castilla y León, Burgos, de 29 de septiembre de 2008, ROJ: STSJ CL 1983/2008; de Madrid de 25 de abril de 2008, ROJ: STSJ M 10364/2008; del País Vasco de 12 de noviembre de 2008, ROJ: STSJ PV 3756/2008; de Aragón de 15 de febrero de 2010, JUR/2010/379098; de Cataluña de 28 de enero de 2013, ROJ: STSJ CAT 506/2013; de Aragón de 9 de julio de 2013, ROJ: STSJ AR 1374/2013; de Andalucía, Sevilla, de 29 de noviembre de 2013, ROJ: STSJ AND 15120/2013; de Asturias, de 14 de julio de 2014, ROJ: STSJ AS 2453/2014; de Madrid de 24 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ M 13563/2015; y de Canarias, Las Palmas, de 7 de febrero de 2017, ROJ: STSJ ICAN 118/2017. Cuestión distinta es que a través de una modificación de plantilla se incorporen contenidos y precisiones propias de una relación de puestos sobre las correspondientes plazas, en cuanto toma de decisión sobre perfiles y características de las mismas, que van más allá de su mero reflejo

En la misma dirección, los intentos de considerar la aprobación de la plantilla como una decisión organizativa que tenga repercusión sobre las condiciones de trabajo a efectos de forzar su negociación en base al artículo 37.2.a) EBEP 2015 parecen estar condenados al fracaso. De hecho, nuestra doctrina judicial entiende que son las relaciones de puestos las que pueden afectar a los requisitos para su ocupación y a la determinación de sus condiciones de trabajo, mientras que las plantillas de personal especifican las plazas, su número, el grupo profesional, escala, subescala, clase y categoría, cuestiones que no se engarzan con el contenido material del artículo 37.1 EBEP 2015⁸⁷⁰.

A partir de ahí el planteamiento es simple y se puede enunciar de la manera siguiente:

a) No existe un título específico de negociación centrado autónomamente en el concepto “materias de índole económica” que permita negociar la plantilla considerada al efecto como una expresión o un anexo del presupuesto.

b) La plantilla es un instrumento de ordenación del personal con individualidad propia con respecto a la oferta de empleo público y a la relación de puestos que no ha sido expresamente considerada entre las materias que han de ser objeto de negociación del artículo 37.1 EBEP.

c) La plantilla es un instrumento de gestión del empleo público que se presenta como una típica manifestación de la potestad de organización a confeccionar anualmente a través del presupuesto por lo que su finalidad es claramente de ordenación financiera sin que tenga una repercusión directa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, por lo que no puede ser incluida en el ámbito del artículo 37.2.a) EBEP.

Como ya se ha dicho, la plantilla tiene una evidente función de ordenación presupuestaria lo que, en principio, la exime de negociación⁸⁷¹. Sin embargo, la finalidad de la plantilla en el ámbito de la Administración local no se resuelve solo en su consideración como un instrumento de carácter presupuestario que constituye una enumeración de todas las plazas que están dotadas presupuestariamente. La plantilla es algo más. La plantilla se conceptúa como el conjunto de plazas creadas por una corporación local agrupadas en cuerpos, escalas, subescalas, clases y categorías del personal funcionario y grupos de clasificación del personal laboral. La plantilla

económico-presupuestario, lo que nos sitúa ante una decisión que resulta típicamente organizativa con capacidad para tener impacto en las condiciones de trabajo, tal como se puede ver en las SSTSJ de Galicia de 5 de junio de 2014, ROJ: STSJ GAL 5462/2014; y de Cataluña de 6 de octubre de 2015, ROJ: STSJ CAT 8986/2015.

⁸⁷⁰ STS de 7 de abril de 2014, ROJ: STS 1790/2014.

⁸⁷¹ El planteamiento más moderno de esta doctrina aparece detallado en la STS de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1943/2014, indirectamente respaldada por el ATS de 12 de junio de 2014, ROJ: ATS 5746/2014, y el de 11 de septiembre de 2014, ROJ: ATS 7915/2014.

materializa la estructura profesional de una entidad local⁸⁷². De la misma manera, la plantilla es el instrumento jurídico que tiene como finalidad la cuantificación, a efectos de gasto público, del número de efectivos presupuestados que, idealmente, componen un cuerpo, escala, subescala, clase y categoría de personal funcionario y grupo de clasificación de personal laboral. Esto es, la plantilla determina el número de efectivos estables y permanentes, o sea, el número de plazas cubiertas o vacantes que puede tener cada agrupación de personal⁸⁷³. Sencillamente, la plantilla determina el número de efectivos de personal que resultan posibles durante un determinado ejercicio presupuestario.

Por eso, cuando se dice que la plantilla es presupuestaria y tiene efectos únicamente desde la perspectiva estricta de ordenación del gasto, al menos por lo que se refiere a la situación de la Administración local, la afirmación realizada no refleja toda la realidad.

El artículo 167.4 TRRL, que resulta básico a tenor de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, establece con toda claridad que la creación de escalas, subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas, se hará por cada Corporación, de acuerdo con lo previsto en el propio TRRL. Por lo tanto, la creación de estructuras profesionales y la definición de sus funciones es una decisión estrictamente organizativa que no ha de ser objeto de negociación colectiva ya que está autorizada directamente por la ley siempre que se utilicen las previstas y no se desborden su contenido funcional⁸⁷⁴.

Las Administraciones locales son libres de desplegar la estructura de escalas, subescalas, clases y especialidades que resulten congruentes con la agrupación que pueda desprenderse de los correspondientes análisis de puestos, pero no resulta posible describirlas con una serie de funciones que resulten incongruentes con las determinaciones legales existentes al respecto, de manera que una plaza configurada con una serie de funciones propias de la Administración General pudiera, por ejemplo, acabar integrándose en la Administración especial, lo que se plantea, por cierto, como una cuestión de mera legalidad al margen del proceso de negociación colectiva⁸⁷⁵.

⁸⁷² En una acertada expresión contenida en la STSJ de Castilla y León, de 13 de junio de 2014, ROJ: STSJ CL 2912/2014.

⁸⁷³ STSJ de Galicia de 5 de junio de 2014, ROJ: STSJ GAL 5462/2014.

⁸⁷⁴ Tal como se dice en la STSJ de Canarias, Las Palmas, de 16 de febrero de 2015, ROJ: STSJ ICAN 2777/2015. Sobre la necesidad de un acto expreso de encuadramiento profesional que no satisface la oferta de empleo público puede verse la STS de 24 de junio de 2008, ROJ: STS 4175/2008.

⁸⁷⁵ SJC-A, nº 1, de Albacete de 17 de septiembre de 2007, JUR/2008/95322.

De ahí que en algún pronunciamiento se advierta que la plantilla es un instrumento también de organización del personal, para confeccionar, eso sí, a través del presupuesto, que atiende al aspecto más subjetivo de la estructura humana que integra el personal, en función de su categoría y pertenencia a determinados cuerpos y escalas, sin que ello suponga olvidar su vinculación con los puestos de trabajo. Por tanto, la plantilla contiene el número y la relación de las diferentes plazas de cada escala, subescala, clase y especialidad, pero no se trata sólo de una relación de dotaciones crediticias sino que es más bien una relación de plazas que se ha de relacionar además con dotaciones crediticias, de forma que en la confección de la plantilla preponderan los aspectos presupuestarios pero también los organizativos propios de la potestad municipal que en principio quedan fuera de la negociación⁸⁷⁶.

La plantilla es una expresión de plazas y también una cifra de su número. Por tanto, a través de las plantillas se determinan los efectivos de personal existentes en un ejercicio presupuestario. Lógicamente, a través de la plantilla se incrementa o disminuye el número de dotaciones de personal de una determinada organización pública. Y es aquí donde existe un notable margen de confusión entre puestos y plazas. A menudo se confunde la desaparición del puesto con la supresión o la disminución de su dotación presupuestaria, es decir, con la supresión de la plaza o del número de las plazas que lo sirven. De ahí que no falten pronunciamientos en los cuales se advierta que la amortización de plazas se debe efectuar a través de la modificación de la correspondiente relación de puestos de trabajo, lo que resulta incongruente y acaba induciendo la necesaria negociación de la supresión de plazas vacantes o interinamente ocupadas y con ella la negociación de la plantilla⁸⁷⁷.

Dichos planteamientos olvidan una doctrina judicial que separa la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de la creación de plazas, advirtiendo que dicha creación es una manifestación de la potestad de organización de la Administración que resulta ajena al ámbito de la libertad sindical⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ STS de 16 de noviembre de 2001, ROJ: STS 8951/2001. Un tratamiento específico de esta cuestión en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 5 de mayo de 2008, ROJ: STSJ CL 1423/2008.

⁸⁷⁷ Un ejemplo paradigmático en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2014, ROJ: STSJ CV 1532/2014. Lógicamente, la creación de una plaza y la consiguiente clasificación de un puesto de trabajo determinando el correspondiente complemento específico a percibir si afectaría a las condiciones de trabajo, tal como se acredita en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 7 de febrero de 2008, ROJ: STSJ AND 1135/2008.

⁸⁷⁸ SSTs de 31 de mayo de 1990, ROJ: STS 4155/1990; y de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1943/2014. Dicha jurisprudencia se mantiene en las SSTSJ de Cantabria de 22 de junio de 2001, RJCA/2001/1174; de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2009, ROJ: STSJ CLM 1740/2009; de Aragón de 15 de febrero de 2010, ROJ: STSJ AR 981/2010; y de Andalucía, Granada, de 3 de febrero de 2014, ROJ: STSJ AND 1686/2014. En contra algún pronunciamiento aislado como puede ser el de la STSJ de Murcia de 28 de febrero de 2014, ROJ: STSJ MU 497/2014

Más problemática parece ser la amortización de plazas. En esta dirección se señala que la supresión de plazas ocupadas que se introducen a través del acuerdo aprobatorio de una determinada plantilla ha de someterse a negociación por el impacto que tienen sobre el personal que desempeña provisionalmente las mismas⁸⁷⁹. Es decir, la amortización de cualquier plaza resulta ser una decisión adscrita al ámbito propio de la autoorganización administrativa, pero en el caso de que estén ocupadas interinamente se afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios preexistentes y ha de ser objeto de negociación⁸⁸⁰. Dicho planteamiento es objeto de discusión en otros pronunciamientos, donde se señala que no toda aprobación o modificación de plantilla por la vía de los presupuestos ha de conllevar directamente la obligación de negociar, advirtiendo de que la supresión de unas concretas plazas o puestos tiene un indudable efecto para las personas que lo ocupan pero ello no significa una repercusión sobre las condiciones de trabajo pues estas deben ser entendidas única y exclusivamente en relación a los aspectos que afecten al desempeño de sus funciones concretas, señalando también que las organizaciones sindicales tienen la oportunidad de negociar estos aspectos de la relación funcional, pero en modo alguno su competencia puede alcanzar o extenderse a cuestionar la oportunidad o no de crear una plaza o un puesto de trabajo que se deba desempeñar por un funcionario o a su supresión⁸⁸¹. En cambio, se considera siempre que la amortización de vacantes no está incluida en las materias que deben ser objeto de negociación, considerándose al efecto una expresión de la potestad de organización que nada tiene que ver con las condiciones de trabajo⁸⁸².

⁸⁷⁹ STSJ de Navarra de 30 de marzo de 2009, ROJ: STSJ NA 57/2009.

⁸⁸⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de abril de 2010, ROJ: STSJ CV 4690/2010, con cita de la STS de 11 de mayo de 2004, ROJ: STS 3201/2004, que se refiere, por cierto, a una modificación de la plantilla orgánica de “puestos de trabajo”. En la misma dirección, las SSTSJ de La Rioja de 21 de noviembre de 2012, ROJ: STSJ LR 728/2012; de La Rioja de 8 de noviembre de 2012, JUR/2013/62699; de Cantabria de 13 de marzo de 2014, ROJ: STSJ CANT 251/2014; de Castilla-La Mancha de 25 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ CL 2513/2015, y de 27 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ CL 3438/2015; y de Madrid de 17 de mayo de 2016, ROJ: STSJ M 6096. Dicho planteamiento se refuerza en la STSJ de Castilla y León, Valladolid de 10 de marzo de 2014, ROJ: STSJ CL 955/2014, en función de la dimensión de la amortización, la “amplitud” de la amortización de plazas se considera tiene capacidad suficiente para incidir en las condiciones de trabajo de todo el personal de la plantilla de los funcionarios integrados en la misma estructura profesional con un indudable reflejo sobre las cargas de trabajo, los turnos y las jornadas, lo que convierte a la decisión organizativa en una opción necesitada de negociación.

⁸⁸¹ SSTSJ de Cataluña de 4 de diciembre de 2012, RJCA/2013/70, del País Vasco de 24 de mayo de 2013, ROJ: STSJ PV 2138/2013; de Extremadura de 17 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ EXT 2052/2013; de Madrid de 24 de noviembre de 2015, ROJ: STSJ M 13563/2015; y de la Comunidad Valenciana de 5 de abril de 2016, ROJ: STSJ CV 1789/2016.

⁸⁸² STS de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1943/2014. En esta posición las STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 2010, ROJ: STSJ CV 4714/2010; y de 17 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ CV 6235/2013. En cambio, las SSTSJ de Cataluña de 21 de enero de 2011, RJCA/2011/398; y de La Rioja de 18 de junio de 2012, ROJ: STSJ LR 467/2012, consideran que han de ser objeto de negociación los acuerdos de amortización de plazas vacantes de las correspondientes plantillas

A partir de lo dicho hasta el momento estamos en condiciones de adelantar las siguientes conclusiones:

- a) La creación, transformación y amortización de las plazas vacantes consignadas en una plantilla es una decisión organizativa que no ha de ser objeto de negociación y que se instrumenta a través de su ordenación presupuestaria.
- b) Las decisiones de las corporaciones locales sobre determinación de la estructura de escalas, subescalas, clases y especialidades que resulten congruentes con las determinaciones legales existentes al respecto, resulta ser una cuestión al margen del proceso de negociación.
- c) La decisión de crear o suprimir plazas vacantes no ha de ser objeto de negociación por no afectar a las condiciones de trabajo de los funcionarios. En todo caso, la amortización de plazas ocupadas por personal interino debería ser objeto de negociación por afectar a su particular situación.

5.4. Las relaciones de puestos de trabajo y su negociación

5.4.1. Planes, relaciones, plantillas y ofertas

Hoy resulta indudable la centralidad de las relaciones de puestos de trabajo como instrumento de ordenación de los recursos humanos de una determinada organización⁸⁸³. Las relaciones de puestos consolidan y completan las estructuras administrativas y configuran y concretan organizativamente el estatus del personal a su servicio, en lo que resulta ser un ejercicio de las competencias necesarias en materia de organización derivadas del reconocimiento constitucional de la autonomía de los diversos entes territoriales que configuran el Estado, lo que conlleva que estas entidades tengan su propia Administración y pueda organizar su propia función pública⁸⁸⁴. Es obvio, también, sin necesidad de introducirnos ahora en el debate acerca de su naturaleza jurídica, que las relaciones constituyen un instrumento que disciplina los puestos de personal con una cierta vocación de permanencia, es decir, con una cierta vocación de futuro⁸⁸⁵.

⁸⁸³ STC 8/2010, de 27 de abril. La STC 202/1997, de 25 de noviembre, nos dirá que: “el puesto de trabajo y la adscripción al mismo del funcionario de carrera es pieza clave en la estructura de la función pública”.

⁸⁸⁴ STC 156/1998, de 13 de julio; una idea que se repita en una forma abreviada en la STC 49/2003, de 17 de marzo.

⁸⁸⁵ STC 48/1998, de 2 de marzo.

La posición central de la relación de puestos se expresa mejor en su correspondencia con los otros instrumentos de estructuración de los recursos humanos. Los planes de ordenación de los recursos humanos pueden ser una verdadera reflexión estratégica que dote de sentido a las decisiones organizativas esenciales que se han de plasmar en otros instrumentos de ordenación⁸⁸⁶. De hecho, los planes actúan a modo de “propuestas de optimización”, “hojas de ruta a seguir” o “instrumentos guía” de una serie de acciones y decisiones expresas y tasadas que se plasmaran en los instrumentos de ordenación de personal, y más concretamente en las relaciones de puestos de trabajo⁸⁸⁷. El plan de ordenación de los recursos humanos resulta ser un proyecto necesitado de llevarse a la práctica a través de los instrumentos de actuación que correspondan. Así, el plan puede indicar los medios personales de que se dispone, los que resulten necesarios tanto en número como en cualificación, y los instrumentos a través de los cuales haya de llevarse a cabo la previsión, pero serán estos y no el plan los que instrumentalicen la materialización de aquellas disposiciones. El plan puede establecer también las previsiones, esto es, la expresión de las necesidades y las actuaciones que se pretenden llevar a cabo para satisfacerlas, entre otros campos, en la estructura de los puestos de trabajo, pero será cada instrumento específico concreto el encargado de actuar lo proyectado, por ejemplo, a través de la modificación de la relación de puestos. De ahí, como ya se ha visto, la afirmación de la naturaleza programática del plan y la consideración de las sucesivas actuaciones encargadas de materializar el proyecto que contiene como disposiciones o actos en función del instrumento necesitado para su desarrollo y actuación⁸⁸⁸.

Cuestión distinta es que el plan pueda llegar a actuar como motivación que exprese cuáles son las razones que pueden llevar a una concreta modificación de la relación de puestos, expresando las causas y razones organizativas derivadas de un determinado modelo de planificación del empleo público⁸⁸⁹. De la misma manera, las relaciones de puestos de trabajo estructuran y organizan puestos y efectivos pero no son instrumentos que puedan fundar decisiones que la legislación de empleo público hace depender exclusivamente de la previa existencia de un instrumento de planificación, tal como puede ser el artículo 81.2 EBEP que hace depender los

⁸⁸⁶ Tal como se sugiere en PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrá que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N^o 3, 2012, p. 81-83.

⁸⁸⁷ La expresión “propuestas de optimización” se puede localizar en la STSJ del País Vasco de 27 de diciembre de 2002, JUR/2003/108005; la idea de una hoja de ruta a seguir la encontramos en la STSJ de 3 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ CAT 12733/2013, y, finalmente, la de un “instrumento guía”, en la STSJ del País Vasco de 15 de julio de 2015, ROJ: STSJ PV 2623/2015.

⁸⁸⁸ Tal como se dice en la STSJ del País Vasco de 15 de julio de 2015, ROJ: STSJ PV 2623/2015.

⁸⁸⁹ SSTSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2013, ROJ: STSJ M 17968; y de La Rioja de 5 de marzo de 2015, ROJ: STSJ LR 119/2015.

traslados de los funcionarios que impliquen cambio de residencia de la previa existencia de un plan de ordenación de recursos humanos⁸⁹⁰.

De la misma manera hay que diferenciar la relación de puestos de trabajo de las plantillas de los diferentes cuerpos y escalas, así como de las del personal laboral⁸⁹¹. Aquí conviene distinguir el legítimo ejercicio de la potestad de creación de puestos de la facultad de creación de plazas. La creación de puestos y la previsión de plazas es una expresión de las competencias de una Administración para estructurar sus recursos humanos expresamente prevista en el artículo 72 EBEP 2015. Con todo, hay que distinguir entre las dotaciones de los puestos de trabajo y las dotaciones de las plantillas consideradas como unidades presupuestarias. La plantilla es un instrumento de ordenación del personal que se presenta como una típica manifestación de la potestad organizativa de la Administración por confeccionar anualmente a través del presupuesto. Por tanto, la plantilla no es otra cosa que un documento que recoge las dotaciones presupuestarias de carácter estructural que se han de cubrir en la respectiva anualidad presupuestaria, dotaciones que no se han de confundir con las incorporadas a los correspondientes puestos de trabajo⁸⁹². Como ya se ha advertido, conviene diferenciar siempre la configuración del puesto de su carga de trabajo. El diseño del puesto hace referencia a sus funciones, tareas y responsabilidades básicas. La carga de trabajo se refiere meramente a la repetición necesaria de las tareas, con consecuencias solo en cuanto a sus dotaciones ideales y a su adecuado dimensionamiento, esto es, a la determinación de cuántos funcionarios se necesitan para realizarlas⁸⁹³. En consecuencia, la plantilla puede prever un número de efectivos menor que las dotaciones consideradas óptimas para cubrir las cargas de trabajo de un puesto determinado. No se trata de un mero juego de palabras, esto es así porque las determinaciones de los instrumentos de ordenación de puestos de trabajo presuponen una previsión abstracta, no plasmada concretamente para una determinada anualidad presupuestaria, previsión que conecta directamente con una estructura de puestos y de efectivos considerada óptima para la organización en base al cumplimiento de sus objetivos y finalidades, trazando, pues, previsiones para una evolución futura con una cierta vocación de permanencia.

⁸⁹⁰ STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de octubre de 2015, ROJ: STSJ CL 3076/2015.

⁸⁹¹ Al respecto, GIL FRANCO, Agustín Juan. “Régimen jurídico básico de las relaciones de puestos de trabajo y estatuto de los funcionarios locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 3, 2015, p. 13-15.

⁸⁹² SSTS de 17 de julio de 2012, ROJ: STS 5483/2012; y de 9 de abril de 2014, ROJ: STS 1943/2014.

⁸⁹³ La aclaración en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 169.

Es necesario recalcar que la estructura de la plantilla y el número de plazas que contiene mantiene una importante relación con la clasificación de puestos de trabajo. A tenor de la STC 77/1990, de 26 de abril, la estructuración de los correspondientes cuerpos y escalas se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en las que se haya de insertar el correspondiente personal, advirtiéndose al respecto que estas pueden ser muy diversas en función de su complejidad. Por tanto, la estructuración de la organización en puestos de trabajo ha de considerarse previa a la clasificación de las correspondientes plazas en el esquema de escalas, subescalas y grupos propio de la Administración local. El puesto de trabajo es un elemento objetivo de la estructura que debería ser preexistente a los cuerpos y escalas. Primero hay que identificar las funciones y tareas de los puestos y a partir de esta información identificar las estructuras profesionales que por sus conocimientos, capacidades y competencias pueden satisfacerlas⁸⁹⁴. Por tanto, la relación de puestos es un “*prius*” respecto de la plantilla de personal, primero ha de elaborarse la relación y esta será indicativa para crear las plazas necesarias en plantilla que quedarán integradas en ella según las diferentes escalas, subescalas, clases y categorías. Aún más, la plantilla es por naturaleza un instrumento de ordenación presupuestaria. Se trata de conectar la plantilla con el presupuesto para asegurar que los puestos de trabajo cuenten con la correspondiente dotación financiera que permita la viabilidad económica de los mismos. En todo caso, la plantilla podrá contener un número de efectivos menor que el considerado como óptimo para la dotación de un puesto de trabajo pero lo que no podrá es contradecir el contenido, la naturaleza y el número máximo de plazas que actúan como dotaciones previstas en las correspondientes relaciones de puestos⁸⁹⁵.

En consecuencia es fácil deducir el significado crucial que la legislación vigente atribuye a las relaciones de puestos de trabajo. En función de ellas se definen las plantillas de las Administraciones públicas y se determinan las ofertas públicas de empleo, ya que solo ellas definen las características de los puestos y sus requisitos de desempeño constituyéndose en el presupuesto básico para su establecimiento último y válida aceptación en base a las exigencias de racionalidad que están ínsitas en su elaboración.

Este es otro aspecto de la cuestión. Las relaciones de puestos y las plantillas son instrumentos de ordenación del personal que se han de distinguir de los instrumentos de pura gestión, como puede ser la oferta pública de empleo. Así, por ejemplo, el artículo 19 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, se refiere a “la incorporación

⁸⁹⁴ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura funcional, *ob.cit.*, p. 190.

⁸⁹⁵ STS de 20 de octubre de 2008, ROJ: STS 5629/2008.

de nuevo personal” y no a las dotaciones que puedan tener su reflejo en la estructura presupuestaria. Por tanto, el objetivo de la norma es limitar la incorporación de nuevo personal. Por ello, cuando se habla de plazas de nuevo ingreso se están considerando las que sean objeto de convocatoria y oferta pública sin que la conceptualización en cuestión se detenga en si las plazas que actúan como referencia se hayan creado en la plantilla durante la vigencia de un determinado ejercicio presupuestario o existían con anterioridad⁸⁹⁶. Es decir, la plantilla presupuestaria y la oferta pública de empleo demandan una cierta correlación que solo se mueve en una determinada dirección: la falta de correspondencia de la oferta con la plantilla podría tener consecuencias sobre la validez última de la oferta pero no al revés⁸⁹⁷.

Las relaciones de puestos de trabajo mantienen una conexión directa con la estructura óptima de la organización para el cumplimiento de sus finalidades, trazando previsiones para su evolución futura. Las plantillas cumplen una función básicamente presupuestaria incorporando las dotaciones de puestos de trabajo que resulten de los créditos establecidos en los correspondientes presupuestos. Por tanto, la relación de puestos y la plantilla son los presupuestos de partida pero la incorporación de personal de nuevo ingreso que resulta imposible sin la aprobación de la correspondiente oferta pública de empleo⁸⁹⁸.

Al margen quedan otros instrumentos como pueden ser los registros de personal que operan en otro capítulo como el de acumulación, ordenación y gestión de la información generada sobre los empleados públicos de las distintas organizaciones⁸⁹⁹. En todo caso, la función última de dichas herramientas es la de asegurar la constancia registral de los datos relativos al personal inscrito y constituir una verdadera fuente de información sobre los recursos humanos de una determinada Administración pública. Desde esta perspectiva su finalidad se reduce a ser un instrumento auxiliar para la gestión y la planificación de los recursos humanos constituyendo al efecto la base de una información amplia y razonable de la que no se puede derivar otra consecuencia⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ STS de 11 de mayo de 2015, ROJ: STS 2232/2015.

⁸⁹⁷ STS de 16 de noviembre de 2001, ROJ: STS 8951/2001.

⁸⁹⁸ Véase al respecto la secuencia construida por la STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2014, ROJ: STSJ GAL 5707/2014.

⁸⁹⁹ Sobre el registro de personal como instrumento de gestión de recursos humanos se puede ver ARROYO YANES, Miguel. Los instrumentos de gestión del empleo, *ob.cit.*, p. 103-111.

⁹⁰⁰ Tal como se dice en la SAN de 23 de enero de 2017, ROJ: SAN 41/2017.

5.4.2. Los títulos de la negociación

El objeto de la negociación atinente a las relaciones de puestos de trabajo pende de una serie de títulos que pueden ser utilizados para justificar la necesidad de la negociación de forma separada o acumulada; dichos títulos resultan ser los siguientes:

- a) El previsto en el artículo 37.1.c) EBEP 2015 referido a las normas que fijen los criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo.
- b) El establecido en el artículo 37.2.a) EBEP 2015 relativo a las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización cuando tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, momento en el que procederá la negociación de dichas condiciones.
- c) El referido por un conjunto de materias citadas en el artículo 37.1 EBEP 2015 sobre el que puede impactar la aprobación de una relación de puestos de trabajo como pueden ser la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios, el acceso, la carrera, la provisión y los instrumentos de planificación de recursos humanos o las ofertas de empleo público.

Para terminar con estos párrafos introductorios, debemos añadir una última observación: la relación de puestos es por naturaleza un instrumento único en el que se clasifican todas las posiciones de trabajo de personal funcionario, laboral y eventual, lo que parece sugerir el artículo 74 EBEP 2015 en la referencia hecha a “los grupos de clasificación profesional, y los cuerpos y escalas, en su caso”⁹⁰¹. Pues bien, el esquema de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario no debe trasladarse sin más al ámbito del personal laboral donde las relaciones de puestos parecen ser otra cosa, fundamentalmente un elemento de análisis previo, desde un punto de vista eminentemente organizativo, para determinar un sistema de clasificación profesional adaptado a la realidad de la empresa⁹⁰².

Si atendemos ahora al primero de los títulos mencionados, la materia objeto de la negociación son las “normas” que fijen los “criterios generales” sobre los “sistemas de clasificación de

⁹⁰¹ Tradicionalmente suele utilizarse como criterio de referencia lo previsto en el artículo 15.1.a) LMRFP, relativo a las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado donde se señala que: “las relaciones comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada Centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupado por personal eventual así como los de aquellos otros que pueden desempeñarse por personal laboral.”

⁹⁰² Tal como se puede ver en ALMENDROS GONZALEZ, Miguel Ángel. La clasificación profesional del trabajador, *ob.cit.*, p. 165; también ALEMÁN PAÉZ, Francisco. El encuadramiento profesional, *ob.cit.*, 186-187.

puestos de trabajo”. Por tanto el objeto de la negociación es la normativa que ha de regir los criterios generales para la confección de un sistema de clasificación de puestos pero no las determinaciones concretas que puedan contenerse en un particular sistema de clasificación de puestos⁹⁰³.

Lo que pueda ser un “sistema de clasificación de puestos” es otra discusión. El artículo 74 EBEP 2015 se refiere a las “relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos similares”. Por tanto, no parece que esos “otros instrumentos similares” puedan referirse a los sistemas de clasificación de puestos de trabajo ya que su finalidad última es la sustitución de las relaciones de puestos. De hecho, la doctrina que se ha ocupado de estos temas identifica el “sistema de clasificación de puestos de trabajo” con las relaciones o al menos con la determinación de los niveles de cada puesto de trabajo, lo que por cierto, no es lo mismo⁹⁰⁴. De una forma más precisa algunos trabajos entienden los sistemas de valoración y clasificación de puestos como técnicas objetivas destinadas a medir y evaluar el contenido de los puestos dentro de una organización y proceder a su jerarquización, es decir, a la fijación de su nivel. Lo que sería pues objeto de negociación serían las normas o criterios para establecer un método cualitativo o cuantitativo para clasificar los puestos en niveles y categorías⁹⁰⁵. De hecho, estrictamente considerado, el proceso de clasificación de un puesto habría de determinar su nivel y su posición jerárquica en la estructura de puestos de una organización. Con todo, la significación jurídica del proceso de clasificación de puestos atiende a su descripción, valoración y clasificación a través de los pertinentes estudios, memorias, manuales de valoración y clasificación, sistemas todos ellos que proporcionan apoyo documental y objetivo al proceso de elaboración de una relación de puestos de trabajo⁹⁰⁶. De manera que se espera que el sistema de clasificación de puestos de

⁹⁰³ Tal como se advierte en ROQUETA BUJ, Remedios. El derecho de negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 312; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Materias objeto de negociación, *ob.cit.*, p. 289; ALFONSO MELLADO, Carlos L. Los derechos colectivos de los empleados, *ob.cit.*, p. 53.

⁹⁰⁴ LLANAS BENAVIDES, Antonio; SOLANA PEREZ, Alicia. “Los derechos colectivos de los funcionarios”. CASTILLO BLANCO, Federico A. “*Lecciones de función pública*”. CEMCI. Granada, 2003, p. 400.

⁹⁰⁵ Tal como se dice en FERREIRO SEOANE, Francisco Jesús. “La RPT como un instrumento de organización de las Administraciones locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 5, 2016, p. 5-7; MOREU CARBONELL, Elisa. “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”. *Revista de Administración Pública*. Nº 144, 1997, p. 397, nos dirá que la clasificación de puestos que ha de plasmarse en una relación presupone la existencia de un sistema y un proceso previo de análisis y racionalización de las funciones administrativas de acuerdo con las necesidades de los servicios.

⁹⁰⁶ La STSJ del País Vasco de 2 de mayo de 2011, JUR/2011/301928, distingue el instrumento designado con el nombre valoración de puestos de trabajo que responde a la naturaleza jurídica de los elementos técnicos instrumentales para el ejercicio de las atribuciones de discrecionalidad conferidas a la Administración para la formulación de una relación, de las propias relaciones de puestos cuya naturaleza puede calificarse como de actos plúrimos con destinatarios indeterminados.

trabajo acabe sirviendo para garantizar la legalidad, el acierto y la oportunidad de la propuesta de relación de puestos de trabajo que pueda formularse en cada caso⁹⁰⁷.

Por tanto podemos concluir que en el caso concreto y determinado que nos ocupa lo que ha de negociarse son las normas o los criterios que servirán para el establecimiento de un sistema que permita la realización de un proceso técnico de valoración y clasificación de puestos de trabajo, pero no el mismo proceso de clasificación que se considera de una manera objetiva y que no puede ser sustituido por el acuerdo obtenido en una negociación con las organizaciones sindicales. En todo caso interesa destacar que en base a este título lo que se negocia es eso y nada más que eso: normas y criterios para el establecimiento de un sistema técnico de valoración y clasificación de puestos de trabajo.

Advirtamos ya de que la tesis así obtenida puede ser objeto de cuestionamiento en función de la persistencia de la antigua jurisprudencia que interpretaba el artículo 32.d) LORAP, referido a la obligada negociación de “La clasificación de puestos de trabajo”, entendiéndose por dicha clasificación, en base a las previsiones del artículo 15 LMRFP: “la definición de la tipología o modalidades de dichos puestos mediante la expresión de sus notas distintivas o diferenciadoras en todo lo atinente a estos extremos: denominación, características esenciales y requisitos establecidos para su desempeño y, en su caso, complemento específico, cuando hayan de ser desempeñados por funcionarios, o la categoría profesional y régimen jurídico, cuando sean desempeñados por personal laboral”⁹⁰⁸.

Es decir, la negociación de la clasificación de puestos es la negociación de la clasificación de cada puesto en la correspondiente relación, con independencia del mayor o menor alcance que la misma posea, siempre en razón del número de puestos afectados, que pudiera tener esa clasificación⁹⁰⁹. De ahí que se subraye también la no necesidad de negociar la aprobación de un reglamento interno para la elaboración de la relación de puestos en el que se contempla la aplicación de un manual de valoración confeccionado por una empresa consultora,

⁹⁰⁷ Al respecto, ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep. Les relacions de llocs de treball, *ob.cit.*, p. 116-119.

⁹⁰⁸ STS de 20 de mayo de 2009, RJ/2009/5471, y de 24 de junio de 2009, ROJ: 5240/2009. Dicha doctrina se mantendrá con posterioridad a la aprobación del EBEP, siendo utilizada, entre otros argumentos, en las SSTS de 21 de junio de 2011, JUR/2011/245243, y de 28 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9169/2012. La jurisprudencia menor “adapta” el discurso planteado en la instancia superior señalando al efecto que: “La aprobación de una modificación de la relación de puestos de trabajo conlleva no sólo la creación de los puestos de trabajo, sino la clasificación de esos puestos de trabajo, tanto en su ámbito puramente organizativo (en qué Departamento o Área se integran y bajo que dependencia jerárquica) como en su aspecto subjetivo (que nivel de complemento de destino y demás condiciones de desempeño, para su provisión y retribuciones complementarias tienen)”, tal como se puede ver en las SSTSJ del País Vasco de 22 de octubre de 2004, JUR/2005/17468, y del País Vasco de 3 de marzo de 2005, JUR/2005/212947

⁹⁰⁹ SSTS de 16 de enero de 2004, JUR/2004/45367, y de 19 de enero de 2004, RJ/2004/558.

advertiéndose al respecto de que no puede compartirse que la aprobación de ese reglamento interno haya vulnerado el derecho a la negociación colectiva que se le reprocha, señalándose que la finalidad principal de tal norma organizativa es facilitar los actos preparatorios que permitan la aprobación de la relación, pero no equivalen a dicha aprobación, y, consiguientemente, la negociación sobre los aspectos o elementos de la RPT que estén sujetos a ella se cumplirá haciéndola posible antes de su inmediata aprobación⁹¹⁰.

La concepción expuesta no será corregida hasta una fecha más avanzada en la que se comienza a advertir que el concepto clasificación de puestos hay que referirlo a la categoría profesional, al régimen jurídico y a los mecanismos de valoración establecidos por el convenio o el acuerdo colectivo con capacidad para determinar su nivel retributivo⁹¹¹. De hecho, el cambio resulta sustantivo: el objeto de la negociación es el convenio o el acuerdo colectivo que establece esos criterios y previsiones en materia de clasificación de puestos de trabajo, es decir, como se elaboran y aprueban las relaciones de trabajo, y no la pura clasificación e inclusión de un puesto de trabajo en la correspondiente relación.

Desde ahí podría resultar fácil dar el siguiente paso que se produce cuando se repara en un argumento planteado por la Abogacía del Estado de una manera simple: el objeto de la negociación avalada por el artículo 37.1.c) EBEP 2015 son los “criterios generales” sobre la clasificación de puestos y una relación o un catálogo no contempla “criterios generales”, pues tiene un carácter aplicativo⁹¹².

Con todo, hoy por hoy resulta difícil advertir que se haya asumido por nuestra jurisprudencia la corrección planteada por el artículo 37.1.c) EBEP 2015 sobre el anterior artículo 32.2.d) LORAP. No es lo mismo negociar las normas que regulan los criterios generales sobre clasificación de puestos de trabajo que negociar una clasificación de puestos de trabajo. La distancia es enorme y corre desde la negociación de la disposición que ordena la elaboración y el procedimiento de clasificación de puestos hasta la negociación de la clasificación de cada puesto⁹¹³. Tal como se dice en alguna decisión: “entre las materias objeto de negociación, en el

⁹¹⁰ STS de 23 de marzo de 2012, RJ/2012/5520.

⁹¹¹ STS de 6 de mayo de 2013, ROJ: STS 3034/2013.

⁹¹² El concepto se insinúa en la STS de 4 de junio de 2013, ROJ: STS 3092/2013. La vuelta al criterio anterior sobre el concepto de clasificación de puestos de trabajo en el ATS de 14 de noviembre de 2013, ROJ: ATS 1132/2013.

⁹¹³ La STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2010, ROJ: STSJ M 20399/2010, lo explica claramente al decir que: “No basta para solventar tal defecto [la ausencia de negociación] el que haya habido un previo Acuerdo regulador de condiciones de trabajo de personal funcional o Convenio Colectivo, pues es necesaria la negociación anterior y continua. En el caso de autos, tal y como se reconoce implícitamente por el propio Ayuntamiento, el acto impugnado objeto de aprobación carece de la negociación sindical específica”.

art. 37-1 c) de la Ley 7/2007 se recoge la concerniente a “las normas que fijen los criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo”. La redacción cambia respecto a la norma anteriormente vigente recogida en el art. 32 de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas que se refería, sin matices, a la “clasificación de puestos de trabajo”. Ahora como vemos, la exigencia viene limitada a las normas que fijen criterios generales”⁹¹⁴.

Cuestión distinta es que tal cambio en la redacción de un precepto pueda inducir una conclusión distinta en cuanto a la exigencia de negociación colectiva sobre las decisiones de creación, modificación, refundición o supresión de puestos, ya que aquí puede entrar en juego un título distinto si se tiene en cuenta que las relaciones de puestos son una manifestación expresa de la potestad de organización.

Lo cierto es que cuando una Administración crea, suprime o modifica uno o varios puestos de trabajo está ejerciendo sus potestades de organización, y lo hace, tal como nos dice el artículo 72 EBEP 2015, en el marco de sus competencias de autoorganización, en cuyo ejercicio las Administraciones públicas estructuran y definen sus puestos de trabajo.

Dicho precepto guarda relación con el artículo 37.2.a) EBEP 2015, donde se advierte que cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones públicas tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios procederá la negociación de dichas condiciones.

La cláusula expuesta, a reserva de un mayor desarrollo al que procederemos más adelante, merece ahora una cierta explicación que podemos seriar de la forma siguiente: 1) como principio general, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización están excluidas de la negociación; 2) como excepción, cuando dichas decisiones tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios procederá la negociación de dichas condiciones; 3) el objeto de la negociación no es la decisión organizativa sino su repercusión sobre las condiciones de trabajo, por tanto, lo que no se puede cuestionar es la oportunidad de crear, modificar o suprimir un puesto de trabajo; 4) la decisión organizativa ha de repercutir efectivamente sobre las condiciones de trabajo, lo que excluye o descarta la mera posibilidad de su simple afectación; 5) el concepto de repercusión resulta relevante a todos los efectos, la decisión organizativa ha de recaer o tener efectos sobre una condición de trabajo;

⁹¹⁴ SAN de 6 de marzo de 2009, JUR/2009/154734.

6) el concepto condiciones de trabajo que se maneje resulta de igual importancia; no es lo mismo entender que las condiciones de trabajo referidas son las que se contienen en todas las letras del artículo 37.1 EBEP 2015, que remitir la repercusión a las estrictamente establecidas en la letra m) del artículo 37.1 EBEP 2015.

De igual modo, conviene señalar que, a tenor del redactado literal del artículo 37.2.a) EBEP 2015, una simple decisión administrativa, de carácter singular y específico, dictada en ejercicio de las potestades de organización ha de ser objeto de negociación en su repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios.

Si conceptuamos los actos de creación, modificación, refundición o supresión de puestos de trabajo como decisiones organizativas habilitadas para tener una efectiva repercusión en las condiciones de trabajo, es obvio que las definiciones de puestos de trabajo concretadas a través de sus correspondientes relaciones habrían de ser objeto de negociación en su repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios.

Así pues, resulta lógico afirmar que las decisiones organizativas que comporten una clasificación de puestos y tengan repercusión en las condiciones de trabajo habrán de ser objeto de negociación⁹¹⁵. Además, no puede entenderse como determinante o no de la decisión de negociar el número de puestos que se creen, modifiquen o supriman. El criterio “cuantitativo” se opone frontalmente a la doctrina judicial establecida para la que resulta absolutamente indiferente en cuanto a la necesidad de la negociación, el número de los puestos que resulten afectados por el acto de clasificación⁹¹⁶. Por tanto, la repercusión en las condiciones de trabajo es el elemento clave sobre el que pivota la obligación de negociar las decisiones de la Administración que se ejerciten en uso de su potestad de organización⁹¹⁷.

Dicho lo anterior, también se puede afirmar que caben decisiones organizativas que dejen inalterada la clasificación del puesto y las condiciones de trabajo de sus posibles ocupantes como ocurrirá cuando únicamente se altere, por ejemplo, la naturaleza de la relación jurídica que hace posible la prestación de servicios a la Administración pública, la denominación o el encuadramiento jerárquico del puesto, el número de las dotaciones del puesto, la ubicación del

⁹¹⁵ SSTS de 20 de mayo de 2009, RJ/2009/5471; de 24 de junio de 2011, RJ/2011/5566; de 18 de junio de 2012, ROJ: STS 5206/2012; de 4 de junio de 2013, ROJ: STS 3092/2013; y ATS de 14 de noviembre de 2013, ROJ: ATS 11323/2013.

⁹¹⁶ SSTS de 19 de enero de 2004, RJ/2004/558; y de 24 de junio de 2009, ROJ: STS 5240/2009

⁹¹⁷ SSTS de 28 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9169/2012; y de 21 de junio de 2011, JUR/2011/245243. Aunque se trate de un único puesto, tal como se cuida de precisar la STS de 7 de mayo de 2010, JUR/2010/248886.

puesto de trabajo o la obertura del puesto de trabajo a su cobertura por funcionarios de otras Administraciones públicas⁹¹⁸.

No basta tampoco con invocar la repercusión en cualquier condición de trabajo en un sentido lato, general o meramente difuso, hay que señalar qué parcela o aspecto de la regulación de las condiciones de trabajo podría verse afectada de entre las contempladas en el artículo 37.1 EBEP 2015, únicas a las que se refiere el artículo 37.2.a) EBEP 2015⁹¹⁹. Sin embargo, alguna jurisprudencia parece interpretar de forma mucho más restrictiva este supuesto cuando advierte que las condiciones de trabajo hacen referencia a la jornada de trabajo, calendario laboral, horarios y turnos, descanso semanal, licencias, vacaciones y permisos o prestaciones sociales, es decir, básicamente a las condiciones de trabajo establecidas en el artículo 37.1.m) EBEP 2015⁹²⁰. De esta manera se olvida que todo acto de clasificación de puestos define una serie de elementos que sin duda tienen repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios al establecer, por ejemplo, los complementos retributivos de dichos puestos⁹²¹. En esa dirección, no falta algún pronunciamiento en el que se importa del ordenamiento jurídico laboral la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo considerando que tales condiciones son las descritas en el artículo 41 ET, es decir, la jornada de trabajo, el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento y las funciones, cuando la afectación excede de los límites de la movilidad ordinaria⁹²².

⁹¹⁸ Para la alteración de la naturaleza jurídica de la relación de servicios, la STS de 9 de febrero de 2004, ROJ: STS 747/2004; para la alteración del encuadramiento orgánico del puesto la STS de 24 de junio de 2009, ROJ: STS 5249/2009; para el incremento del número de dotaciones de un puesto manteniendo la denominación, niveles y funciones ya existentes, las SSTSJ de Madrid de 17 de febrero de 2012, ROJ: STSJ MAD 5889/2012, y del País Vasco de 22 de septiembre de 2016, ROJ: STSJ PV 3482/2016; para el dato de que se traslade la ubicación del puesto o se cambie meramente su denominación, las SSTSJ de Madrid de 25 de enero de 2012, ROJ: STSJ M 2302/2012; la de Madrid de 9 de octubre de 2013, ROJ: STSJ M 18404/2013; y la del País Vasco de 11 de febrero de 2015, ROJ: STSJ PV 558/2015; para la obertura de un puesto a funcionarios de otras Administraciones públicas, la STSJ de Castilla-La Mancha de 25 de febrero de 2016, ROJ: STSJ CLM 636/2016.

⁹¹⁹ SSTS de 22 de mayo de 2006, ROJ: STS 3150/2006; y de 28 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9169/2012.

⁹²⁰ Parece afirmarse aquí el redactado del artículo 37.2.a) EBEP, donde se advierte que: “Cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos contempladas en el apartado anterior, procederá la negociación de dichas condiciones”. La STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2013, ROJ: STSJ CAT 2138/2013, recuerda que el artículo 37.2.a) EBEP 2015 hace referencia a que “tengan repercusión” (y no a que “puedan tener repercusión”) intentando evitar cualquier elucubración sobre una eventual presunción iuris tantum a favor de la extensión de la obligación.

⁹²¹ STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2006, ROJ: STSJ M 4819/2006; SAN de 6 de marzo de 2009, JUR/2009/154734; SSTSJ de Cataluña de 15 de febrero de 2010, JUR/2010/156387; y del País Vasco de 15 de junio de 2011, RJCA/2011/649.

⁹²² STSJ de Castilla-León de 14 de noviembre de 2016, ROJ: STSJ CL 4108/2016; lógicamente el planteamiento así aparejado conlleva también la conceptualización sobre modificación esencial de las condiciones a la noción sobre repercusión en las condiciones de trabajo, lo que supondría admitir que dicha repercusión se produciría ante una variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa

La doctrina más matizada y más consolidada resulta ser la interpretación en la cual se advierte que la expresión “condiciones de trabajo”, tomada en el contexto de referencia, no puede extenderse hasta el punto de comprender toda la regulación que puede llegar a afectar a un determinado cuerpo y escala de funcionarios sino que ha de limitarse a las circunstancias que repercutan en la forma en que se desempeñe el trabajo en un puesto determinado⁹²³. Para decirlo de una manera más gráfica: a las condiciones de desempeño de los puestos de trabajo integrados en la correspondiente relación⁹²⁴.

De la misma manera, el concepto de repercusión resulta relevante a todos los efectos. Lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es, pues, que la actuación concreta de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo. Esto es, que tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo, en el bien entendido de que la mera referencia a aspectos relativos a esas condiciones, sin entrar en su regulación ni en su modificación, no requiere de dicha negociación previa, ya que mencionarlas no significa entrar en su régimen o variar su contenido, del mismo modo que no lo supone la remisión a las normas vigentes en la materia⁹²⁵. Lo que se negocia es precisamente la “repercusión” en las condiciones de trabajo y no la decisión organizativa. El objeto de la negociación se ciñe, pues, precisamente a eso: a las consecuencias que se derivan de la adopción de una determinada medida organizativa y a su impacto sobre las condiciones de trabajo, pero no a la negociación de la medida en sí que no se puede cuestionar u obligar a reconsiderar como parte del propio proceso de negociación⁹²⁶.

El caso de la creación, modificación o supresión de puestos de trabajo vacantes merece una reflexión separada. Por lo que se refiere a la creación *ex novo* de puestos de trabajo y su introducción en la correspondiente relación, la doctrina existente hasta el momento presupone que la creación de nuevos puestos afecta a las condiciones de trabajo, al detallar todos los aspectos que tales relaciones deben contener, incluyendo la forma de provisión a través de

para el trabajador, o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones”.

⁹²³ Tal como se puede apreciar en las SSTs de 6 de febrero de 2007, ROJ: STS 948/2007; y de 8 de octubre de 2012, ROJ: STS 6538/2012. En la misma dirección, la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2016, ROJ: STSJ M 9549/2016.

⁹²⁴ STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2014, ROJ: STSJ CL 1639/2014. No estará de más recordar aquí que en la doctrina laboral las condiciones de trabajo son aquellos aspectos de la regulación de la relación concernientes a la ejecución de la prestación de trabajo y a su retribución, en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento, lo que se recuerda para un aspecto muy concreto referido al personal laboral de una Administración pública en la STSJ de Castilla-León de 8 de junio de 2016, ROJ: STSJ CL 2250/2016.

⁹²⁵ STS de 9 de febrero de 2004, ROJ: STS 747/2004.

⁹²⁶ STSJ de Asturias de 16 de febrero de 2015, ROJ: STSJ AS 299/2015.

concurso, lo que implica que la posible ampliación del ámbito de provisión de puestos y de movilidad interna es lo que acaba justificando la incidencia real en las condiciones de trabajo de los funcionarios preexistentes⁹²⁷.

Sin embargo, existe una línea jurisprudencial más matizada en la que se defiende que la pura creación de un puesto de trabajo no tiene por qué repercutir en las condiciones de trabajo de los funcionarios existentes. En concreto, se mantiene que la creación de un puesto de trabajo debido a que se ha valorado la necesidad de que se cubra el desempeño de unas funciones determinadas por un funcionario es una facultad de la Administración incardinada en su potestad de organización y no repercute en las condiciones de trabajo de los funcionarios incorporados a la clasificación de la relación preexistente en cuyo interés trabajan las organizaciones sindicales que determina el ámbito a que se contrae legalmente la negociación colectiva. Es decir, los sindicatos han de negociar los diversos aspectos de las condiciones de trabajo de los funcionarios pero su competencia no alcanza a cuestionar la oportunidad de crear o no un puesto de trabajo que pudiera desempeñarse por un funcionario⁹²⁸.

Se arguye aquí el cambio sustantivo que supone la sustitución del artículo 34.2 LORAP por el artículo 37.2.a) EBEP 2015. En la primera de las redacciones la obligación de negociar las consecuencias de las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización se producen cuando “puedan tener” repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios; en la segunda, la más moderna, la negociación se ha de producir cuando las consecuencias de dichas decisiones “tengan” repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, una hipótesis que difícilmente puede admitirse en el caso específico de creación, modificación o supresión de puestos vacantes.

Con respecto a la supresión, se podría llegar a pensar que una amortización de puestos de trabajo por sí misma considerada no tiene una repercusión directa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios de carrera. Pero dicha reflexión olvidaría que la desaparición de dichos puestos puede afectar o restringir las expectativas de acceso al empleo público del personal no permanente o la movilidad interna del permanente y, en caso de tratarse de puestos singulares o puestos de jefatura, la correspondiente desaparición de escalones intermedios en la estructura

⁹²⁷ STS de 6 de junio de 2012, ROJ: STS 4366/2012.

⁹²⁸ STSJ de Madrid de 13 de julio de 2010, JUR/2010/369768.

organizativa sin duda podría llegar a cuestionar las posibilidades de carrera administrativa de los funcionarios⁹²⁹.

Una tesis que no se comparte de una manera lineal por la doctrina judicial existente hasta el momento donde se advierten algunos matices y diferencias. Así, por ejemplo, cuando la amortización aparece suficientemente motivada en las necesidades del servicio, y esta propuesta ha de ser valorada en el contexto del obligado recorte de gastos que ha impuesto la crisis económica, aunque el puesto en cuestión resulte ocupado por un funcionario interino, no parece aceptarse la negociación del acto de supresión, que se entiende decidido en ejercicio de la legítima potestad de organización, por lo que no se considera la obligación de su negociación por no alterar ningún estatuto profesional ya que el interino no tiene un derecho incondicionado a que se le asegure el desempeño de un puesto dadas las notas de excepción y provisionalidad que caracterizan su condición⁹³⁰. Aún más, se arguye que la amortización de un puesto de trabajo ocupado por un interino puede tener un indudable efecto sobre la posición o el vínculo del mismo pero no sobre las condiciones de trabajo de dicho puesto que simplemente desaparecen con su contenido⁹³¹.

En cambio algún pronunciamiento más reciente entiende que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios se extiende a las de los interinos, por lo que no cabe ninguna duda de que la medida de supresión de determinados puestos que estaban siendo ocupados y desempeñados por funcionarios interinos, es materia de necesaria negociación por afectar a las condiciones de trabajo de dichos funcionarios⁹³².

A partir de aquí la discusión se traslada a lo que cabe entender por condiciones de trabajo, es decir, hasta qué punto puede confundirse las condiciones de trabajo dadas en un determinado puesto durante el transcurso de la relación con las condiciones de empleo que pautan el acceso

⁹²⁹ Tal como se defiende en la STS de 18 de julio de 2012, ROJ: STS 5206/2012. Una línea jurisprudencial que parece afirmarse en la jurisprudencia de los tribunales territoriales a través de la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 23 de mayo de 2013, JUR/2013/272793, las SSTSJ del País Vasco de 24 de mayo de 2013, ROJ: STSJ PV 2138/2013; del País Vasco de 11 de octubre de 2013, ROJ: STSJ PV 3717/2013; y de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2014, ROJ: STSJ CV 1532/2014

⁹³⁰ STS de 26 de febrero de 2014, ROJ: STS 1163/2014. En esta dirección, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de abril de 2016, ROJ: STSJ CV 1825/2016.

⁹³¹ STSJ de Catalunya de 19 de marzo de 2012, JUR/2012/205766. También, las SSTSJ de Madrid de 29 de octubre de 2013, RJCA/2013/964; de Andalucía, Granada, de 3 de febrero de 2014, ROJ: STSJ AND 1686/2014; y de Castilla-La Mancha, Burgos, de 23 de julio de 2014, ROJ: STSJ CL 3662/2014, con el simple argumento que la amortización de un puesto de trabajo ocupado por un interino representa un claro ejercicio de las potestades de organización al no haberse acreditado que la extinción del mismo afecta a las condiciones de trabajo de funcionarios públicos.

⁹³² SSTSJ de Castilla-La Mancha de 27 de enero de 2014, ROJ: STSJ M CLM 68/2014; y de Castilla-La Mancha de 30 de junio de 2015, ROJ: STSJ CLM 2150/2015. También, la STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2016, ROJ: STSJ M 9549/2016.

o la pérdida de dicha relación al margen de la ordenación establecida para un determinado puesto de trabajo.

La obligación de negociar una determinada clasificación de puestos de trabajo se obtiene también a través de las técnicas de conexión finalistas o materiales. Es decir, la clasificación de un puesto de trabajo ha de ser objeto de negociación por su evidente conexión con otras materias que a su vez han de ser objeto de negociación a tenor de los párrafos del artículo 38.1 EBEP 2015. Por lo tanto, la negociación colectiva de la correspondiente relación es exigible cuando resulten afectadas aquellas materias que han de ser objeto de negociación como pueden ser las que afectan a los criterios de acceso, carrera, planificación de recursos humanos u oferta de empleo público que necesariamente habrán de moverse dentro de los límites de la relación de puestos. En el fondo, laten en esta concepción dos ideas últimas que conviene reflejar aquí. La primera proviene de la conceptualización del ámbito expansivo que, a juicio de nuestros tribunales, ha de tener el objeto de la negociación colectiva, que deriva de la necesidad de proveer una interpretación más favorable a la plenitud del ejercicio del derecho constitucional a la libertad sindical, así como del derecho de negociación colectiva predicable también de los funcionarios; la segunda deriva de la afirmación que la potestad de organización y los intereses públicos a los que ha de servir quedan siempre a salvo, pues el sistema de negociación obligatoria que se prevé no impide que, de no existir acuerdo, se siga ejerciendo libremente dicha potestad, teniendo en cuenta que, en cualquier caso, el acuerdo habrá de respetar el ordenamiento jurídico⁹³³.

El tratamiento de la clasificación de puestos de trabajo que pueden ser desempeñados por personal laboral merece un capítulo aparte. Como ya se ha dicho a través de las relaciones de puestos se ejerce la potestad de organización para ordenar las unidades administrativas y el personal que las ha de ocupar. Por tanto, también cuando se refieren a personal laboral, la elaboración y aprobación de una relación es una manifestación de dicha potestad administrativa. Pero, a su vez, dicha elaboración y aprobación presupone implícitamente un ejercicio de los poderes que ostenta el empresario para diseñar el esquema de organización del trabajo y determinar las disponibilidades del personal que se precisa para el adecuado funcionamiento de la empresa. Por tanto, como se ha dicho, la elaboración y aprobación de una relación de puestos de carácter laboral en cuanto instrumento de ordenación del personal mediante el que se realiza la potestad de organización y se ejercen los poderes de dirección propios del empresario queda,

⁹³³ SSTs de 2 de julio de 2008, ROJ: 3858/2008; de 20 de mayo de 2009, RJ/2009/5471; de 21 de junio de 2012, JUR/2011/245243; y de 28 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9169/2012.

en principio, fuera de la negociación colectiva, eso sí con dos importantes salvedades: La primera es que Administración tendrá siempre que respetar los sistemas de clasificación de puestos y los procedimientos de aprobación de su relación que se hayan podido establecer a través de la negociación colectiva; la segunda es que la Administración se verá obligada a negociar siempre que dichos instrumentos tengan por objeto la regulación de las condiciones de trabajo, que es el espacio asegurado como objeto último del convenio colectivo en el artículo 82.2 ET⁹³⁴.

A partir de ahí el tema se desplaza a una distinta reflexión. El análisis se centra en considerar si cuando se trata de condiciones de trabajo de los empleados públicos sujetos a relación laboral, no de funcionarios, el artículo 37.2.a) EBEP 2015 que prevé la negociación de las decisiones de las Administraciones públicas derivadas del ejercicio de su potestades de organización que tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo, es aplicable o no al personal laboral. Al respecto conviene recordar que el EBEP se refiere a los empleados públicos en general, pero no por ello identifica el régimen jurídico del personal laboral y del personal funcionario al servicio de la Administración, si bien ciertamente establece normas comunes, estas no alcanzan a la totalidad de su régimen jurídico, de modo que la diferencia de regímenes en aspectos sustanciales continúa presente en la actualidad, siendo uno de tales elementos singulares el de la negociación colectiva. En concreto, en cuanto a la participación de personal, el artículo 32.1 EBEP 2015, nos recuerda que la negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, mientras que el artículo 33.1 EBEP 2015 se refiere a la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios y el artículo 37.2.a) EBEP 2015 determina la negociación de las decisiones organizativas que tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Por tanto, parece resultar contrario a cualquier regla de interpretación que pueda ser aplicable el inciso del artículo 37.2.a) EBEP 2015 a los empleados públicos con contrato laboral que han de acogerse en el ejercicio de su derecho a la negociación a las reglas que establezca el ordenamiento jurídico laboral.

La propia legislación laboral, a la que remite el artículo 32.1 EBEP 2015, habilita el cauce para que sea la negociación colectiva laboral, si así lo consideraran necesario sus protagonistas, la

⁹³⁴ SSTs de 13 de marzo de 2006, RJ/2006/110; y de 7 de diciembre de 2010, JUR/2011/29559; lógicamente, como consecuencia última de esta planteamiento, deberíamos tener en cuenta que la consideración de la relación de puestos de carácter laboral primariamente como un instrumento público destinado a la ordenación del personal, manifestación directa de la potestad administrativa de organización, presupone la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre dicha materia.

que pueda incluir la clasificación de puestos de trabajo entre las materias que habrán de ser objeto de un procedimiento de negociación. Pero también puede afirmarse que si el convenio colectivo considerase suficiente la simple información o consulta para la aprobación de una relación, dicha previsión no podría ser considerada contraria a derecho. En consecuencia, el planteamiento enunciado presupone implícitamente que puede existir una base no necesariamente común para una negociación diferenciada de las relaciones de puestos de trabajo del personal laboral y funcionario⁹³⁵.

De lo expuesto hasta el momento podemos deducir ahora una serie de conclusiones sobre el posible ámbito de la negociación referida a la materia relaciones de puestos de trabajo:

a) El objeto de la negociación son las normas que fijan los criterios generales para establecer los sistemas de clasificación de puestos de trabajo. Dichas directrices pueden contenerse en los correspondientes acuerdos colectivos o en reglamentos internos aprobados con esta finalidad que habrán de ser objeto de negociación. Pero en todo caso, lo que se debe negociar son las normas o los criterios que sirven para establecer un proceso técnico de análisis, valoración y clasificación de puestos.

b) El objeto también de la negociación son las decisiones organizativas que incidiendo en las relaciones de puestos tengan una repercusión directa y efectiva sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios.

c) Los actos de creación, modificación y supresión de puestos son decisiones de organización que han de ser objeto de negociación si tienen repercusión sobre las condiciones de trabajo. El objeto de la negociación no es la decisión sino su repercusión sobre las condiciones de trabajo. Si las decisiones no tienen un contenido sustantivo y una incidencia directa sobre dichas condiciones no resulta obligado el proceso de negociación. Caben, pues, decisiones organizativas de clasificación de puestos que dejen inalteradas las condiciones de trabajo y que no precisen de negociación.

d) La creación o supresión de puestos de trabajo vacantes no debería ser objeto de un proceso de negociación por no repercutir más que de una manera indirecta sobre unas condiciones de

⁹³⁵ STS de 6 de mayo de 2013, ROJ: STS 3034/2013. En consecuencia, tal como se dice en la STSJ del País Vasco, de 11 de febrero de 2015, ROJ: STSJ PV 558/2015: “los eventuales defectos procedimentales en que haya incurrido la Administración al proceder a la modificación de la RPT impugnada no pueden valorarse desde la perspectiva de la negociación exigida en el Estatuto Básico del Empleado Público y sí únicamente desde la exigencia de consulta establecida en el Convenio Colectivo de aplicación”. En la misma línea la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 30 de abril de 2015, ROJ: STSJ CL 1814/2015.

trabajo de los funcionarios que deben ser consideradas meras expectativas. Los procesos de supresión de puestos con dotaciones desempeñadas por personal interino deberían ser objeto de negociación aunque debe distinguirse entre la supresión del puesto decidida en ejercicio legítimo de la potestad de organización y las condiciones de extinción de las relaciones interinas dependientes de dicho puesto sobre las que pudieran repercutir los actos de amortización.

e) El esquema de negociación de las decisiones organizativas que afectan a las condiciones de trabajo de los funcionarios determinadas por una relación no debería trasladarse sin más a los sistemas de organización del trabajo del personal laboral basados en sistemas de catalogación de puestos que deberían regirse por las normas elaboradas en los correspondientes convenios colectivos.

f) La extensión de la negociación de las operaciones de clasificación de puestos a través de técnicas de conexión material presupone una alteración del sistema de títulos negociales configurados como ámbitos de contenido estable, objetivo y previsible de la negociación, consideración que debe presidir toda interpretación que pueda hacerse del artículo 37.1 EBEP 2015.

5.4.3. El dualismo de la relación: instrumento organizativo y marco configurador de derechos

La relación de puestos es ante todo un instrumento de ordenación fruto de la potestad de organización que detenta la Administración. La relación formaliza la adopción de una serie de decisiones organizativas que son el resultado de la aplicación de un conjunto de técnicas de análisis, valoración y clasificación de puestos. A través de la relación se concreta la estructura de la Administración ejecutiva y las funciones de los niveles burocráticos de gestión⁹³⁶. En el sistema local, el reglamento orgánico aprobado por el Pleno prevé los niveles esenciales de la organización municipal de acuerdo con lo que se señala en el artículo 123.1.c) LRBRL, y el Alcalde, en base al artículo 124.1.k) LRBRL, establece la organización y estructura de la Administración municipal, mientras que la relación de puestos específica y concreta las

⁹³⁶ La determinación de los distintos puestos facilita la estructuración del esquema organizativo plasmando y especificando las correspondientes unidades administrativas, aspecto éste que se reconoce explícitamente para la Administración del Estado en el artículo 59.3 LRJSP, cuando se advierte que: “Las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo”, un aspecto éste que se traslada al ámbito de la Administración local por GIL FRANCO, Agustín Juan. “Elementos necesarios o estructurales de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario en el Estado y los municipios, desde las normas y la jurisprudencia”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 99-100, 2014, p. 1579.

unidades administrativas, de manera que siempre ha de existir una natural correspondencia entre la organización diseñada por la relación y los niveles burocráticos de gestión previsto por el reglamento y los decretos de Alcaldía⁹³⁷.

Este es un aspecto que merece una somera explicación. Pueden existir suficientes referencias en el reglamento orgánico municipal para definir los niveles esenciales de la organización municipal; pueden existir también complejos organigramas aprobados por decreto de Alcaldía que señalen los niveles burocráticos clásicos de la organización local y su ámbito funcional de referencia (servicios, secciones, negociados), o puede, también, no existir nada de ello, de manera que la clasificación de puestos se constituye en el único sistema de estructuración de la Administración municipal al margen siempre de su mayor o menor dimensión. A todo ello ya nos hemos referido.

Más allá de esta primera cuestión, en base a las técnicas de análisis, clasificación y valoración se especifican los puestos y sus tipos, se acotan sus funciones y tareas más relevantes, se les dota de una denominación y de un nivel en esquema de puestos, y, por último se les relaciona con la estructura profesional que se dibujará en la correspondiente plantilla⁹³⁸. Ahora bien, a su vez, la información que proporcionan las técnicas de clasificación permite establecer los requisitos para su desempeño, la forma de provisión y los complementos retributivos propios de cada puesto. Constatar este carácter dual que suministra la imbricación de determinaciones organizativas y derechos o expectativas subjetivas nos parece importante para delimitar correctamente el ámbito objetivo de la negociación sobre la clasificación de puestos de trabajo. De hecho, la labor de deslinde entre lo estrictamente organizativo y los derechos de los funcionarios resultará esencial al efecto de precisar el ámbito de la negociación colectiva⁹³⁹.

Muy probablemente la mejor precisión de los rasgos singulares de la relación de puestos de trabajo en cuanto instrumento con perfiles propios se encuentra en la tesis doctrinal que advierte de la doble función de la relación. Las relaciones desempeñan, en efecto, una primera función organizativa consistente en definir la última unidad en que se diversifica la estructura de cada Administración pública. Y, además, cumplen un segundo cometido, en este caso de ordenación,

⁹³⁷ STSJ de Asturias de 10 de abril de 2017, ROJ: STSJ AS 1257/2017.

⁹³⁸ Tal como nos dice la STS de 6 de febrero de 2008, RJ/2008/1508, al confeccionar la relación, de acuerdo con un método de valoración y clasificación se obtiene la definición del contenido formal de cada tipo de puesto de trabajo y la determinación de su posición relacional respecto de los demás puestos de trabajo, a partir de la descripción de las tareas relevantes necesarias para el correcto desempeño de las funciones y la adecuada prestación de los servicios.

⁹³⁹ Una labor de deslinde que no puede hacerse con brocha gorda y que exige más bien un pincel extremadamente fino, como se propone en CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura funcional, *ob.cit.*, p. 290.

pues completan el régimen jurídico de los funcionarios con unos elementos o derechos que no aparecen en las regulaciones legales y reglamentarias⁹⁴⁰.

Pues bien, a nuestro parecer en nada afecta a los derechos de los funcionarios y a la determinación de sus condiciones de trabajo la definición del contenido propio de cada puesto de trabajo, que viene presidido por la identificación y valoración de las tareas relevantes exigibles para el correcto desempeño del puesto, y la decisión sobre la posición relacional del puesto concreto, aspectos todos ellos que constituyen expresiones de la potestad de organización que no resultan interferidas por los eventuales derecho subjetivos de los funcionarios, ya que no forma parte del estatuto funcional el derecho a determinar la denominación, el contenido y la posición de los puestos de trabajo⁹⁴¹.

A partir de ahí podemos asumir que las relaciones son instrumentos complejos, que por un lado determinan y especifican la estructura de las respectivas organizaciones públicas y por otro concretan los derechos y las condiciones de trabajo de los empleados públicos. Es decir, expresan la dimensión última de la organización administrativa y la correcta distribución de los medios personales disponibles, y establecen sus condiciones de trabajo: requisitos de desempeño, sistemas de provisión, retribuciones. Pues bien, a nuestro parecer, en el primer caso la materia es propiamente de organización, y solo en el segundo es típicamente de determinación de condiciones que han de ser objeto de negociación⁹⁴².

Sin embargo, es importante destacar que la diferenciación entre aspectos organizativos y ordenadores de la relación no es tan absoluta como parece aunque no se debe confundir. Es evidente que las características esenciales de los puestos desde una perspectiva estrictamente

⁹⁴⁰ La distinción, aunque no elaborada con toda la claridad que sería necesaria, en el voto particular formulado por los magistrados Excmos. Sres. Don Nicolás Maurandi Guillén y Don Pablo Lucas Murillo de la Cueva al contenido de la STS de 5 de febrero de 2014, ROJ: STS 902/2014.

⁹⁴¹ Seguimos en estas líneas con una serie de adaptaciones propias el párrafo de la STS de 6 de febrero de 2008, RJ/2008/1508, que reproducimos a efectos de contraste: “en nada afecta al ejercicio de la competencia administrativa que habilita a la Administración para definir el contenido formal propio del puesto de trabajo de Cabo del Servicio de Extinción de Incendios: la identificación y valoración de las tareas relevantes exigibles para el correcto desempeño del puesto de Cabo, la determinación de los requisitos profesionales requeridos para su desempeño y la decisión sobre la posición relacional del concreto puesto en la Relación de Puestos de Trabajo constituyen expresiones de la potestad de personal que, en nada, resultan interferidas por los eventuales derecho subjetivos de carácter retributivo de los funcionarios ya que no forma parte del estatuto funcional el derecho a determinar la denominación y el contenido de los puestos de trabajo”.

⁹⁴² Tempranamente, la STSJ del País Vasco de 24 de julio de 2003, JUR/2003/241866. A destacar la STSJ de Galicia de 1 de octubre de 2014, ROJ: STSJ GAL 7479/2014, donde se señala que la Administración tiene una obligación de dotarse de una relación, por un lado, por imperativos de eficacia en la gestión de recursos humanos y por otro lado, porque ese instrumento es la fuente de derechos retributivos y de promoción profesional llamada por la legislación sobre empleo público para fijar el contenido de los derechos y deberes de cada empleado en relación con su puestos de trabajo. Recientemente, en esta misma dirección, las SSTSJ de Islas Baleares, de 29 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ BAL 784/2015; y de Madrid de 10 de junio de 2016, ROJ: STSJ M 7095/2016.

funcional van a influir en los requisitos exigidos para su desempeño. Así, por ejemplo, las tareas que constituyen el núcleo definitorio de un puesto van a derivar en la adscripción de una o varias estructuras profesionales, que a su vez van a constituirse en requisitos exigidos para su desempeño, lo que sin duda va tener un determinado impacto en los derechos individuales de los funcionarios de acuerdo con su integración profesional y el sistema de provisión que pudiera llegar a utilizarse⁹⁴³.

De todas formas, cualquier distinción que se quiera realizar sobre la función organizativa y la ordenadora de la relación habrá de tener en cuenta el contenido último de dicho instrumento y esto, como vamos a ver a continuación, es una operación compleja que nos remite a la necesidad de abordar el sistema normativo que regula los elementos básicos de dichos actos técnicos de estructuración de los recursos humanos. Cosa que por cierto no resulta fácil dada la tradicional confusión y falta de sistematización existente en el sistema de fuentes propio de la función pública local española.

5.4.4. Sistema de fuentes y contenido de la relación de puestos

La normativa aplicable a la ordenación de puestos de trabajo de una entidad local toma como referencia una serie de preceptos de la legislación básica en materia de empleo público y del régimen local. El primero de los preceptos que se deben considerar es, sin duda, el artículo 3.1 EBEP 2015, que determina lo siguiente: “El personal funcionario de las Entidades Locales se rige por la legislación estatal que resulte de aplicación, de la que forma parte este Estatuto y por la legislación de las Comunidades Autónomas, con respeto a la autonomía local”. Dicho precepto se ha de relacionar con el artículo 92.1 LRBRL, donde se advierte que: “Los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, en lo no dispuesto en esta Ley, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las Comunidades Autónomas, en los términos del artículo 149.1.18ª de la Constitución”.

Si atendemos, pues, en primer lugar a lo dispuesto en la LRBRL, habremos de traer aquí el artículo 90.2 LRBRL, en el cual se dicen dos cosas distintas. En primer lugar que: “Las Corporaciones locales formaran la relación de todos los puestos de trabajo existentes en su organización, en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública”; y en

⁹⁴³ Tal como se sugiere en la SAN de 19 de abril de 2010, ROJ: SAN 2272/2010.

segundo lugar que: “Corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación, así como las normas básicas de la carrera administrativa, especialmente por lo que se refiere a la promoción de los funcionarios a niveles y grupos superiores”.

La legislación básica de función pública sobre la formación de la relación de puestos de trabajo nos reenvía directamente al artículo 72 y 74 EBEP 2015. El artículo 72 EBEP 2015 remite a las competencias de autoorganización de las Administraciones Públicas para estructurar sus recursos humanos de acuerdo con las normas que regulan la selección, la promoción profesional, la movilidad y la distribución de funciones. De hecho, dicho precepto no es otra cosa que una plasmación de la voluntad afirmada en la exposición de motivos del texto original del EBEP en el que se decía directamente que: “cada Administración debe poder configurar su propia política de personal, sin merma de los necesarios elementos de cohesión y cooperación institucional”. Desde una perspectiva práctica, conviene subrayar la directa relación que se establece entre las potestades de organización y las normas básicas de configuración de la estructura de recursos humanos, relación que no aparece interferida por otros sistemas normativos.

El artículo 74 EBEP 2015 aborda directamente la ordenación de los recursos humanos diciéndonos que: “Las Administraciones Públicas estructuran su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dichos instrumentos serán públicos”.

Sin embargo, los artículos 72 y 74 EBEP 2015, están insertados en el Capítulo II (estructuración del empleo público), del Título V (ordenación de la actividad profesional) del mismo EBEP 2015. Dicha ubicación cobrará todo su interés si se tiene en cuenta que la disposición final cuarta.² EBEP 2015 relativa a su entrada en vigor previene que: “Hasta que se dicten las leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración pública las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en este Estatuto”. Esta previsión ha de relacionarse con lo dispuesto en la disposición derogatoria única EBEP 2015, que al ordenar la abrogación de las disposiciones que en ellas se citan, así como de las normas que se opongan

a lo dispuesto en el EBEP, lo hace “con el alcance establecido en la disposición final cuarta”. Por tanto, dicha derogación no tendrá efecto hasta que se dicten las correspondientes leyes de función pública, siempre que las normas de que se trate no se opongan al EBEP.

Es decir, en ausencia de la correspondiente ley de función pública podría conservar su vigencia el artículo 16 LMRFP, que expresamente dice lo siguiente: “Las comunidades autónomas y la Administración local formarán también la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberá incluir, en todo caso la denominación, tipo y sistema de provisión de los puestos, las retribuciones complementarias que les corresponden y los requisitos exigidos para su desempeño. Estas relaciones de puestos serán públicas”.

Si comparamos ahora en términos de compatibilidad el artículo 74 EBEP 2015 y el artículo 16 LMRFP, referidos ambos al contenido de las relaciones, advertiremos dos diferencias relevantes que no pueden ser consideradas sustanciales. La primera es que en el artículo 74 EBEP 2015 el instrumento que conocemos como relación de puestos de trabajo se formula en términos de flexibilidad, es decir, podrán existir relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos organizativos similares, pero con el mismo contenido. La segunda es que los elementos básicos de la relación de puestos de trabajo difieren en una y otra norma en dos aspectos específicos y concretos: el artículo 16 LMRFP pide señalar el tipo de puesto y los requisitos exigidos para su desempeño, mientras que el artículo 76 EBEP 2015 limita los requisitos de desempeño del puesto exclusivamente a los grupos de clasificación profesional y a los cuerpos o escalas de adscripción.

Pero no se trata solo de eso. Conviene enfatizar ahora la importancia del artículo 90.2 LRBRL que resulta ser la norma primaria para la elaboración de una relación de puestos de trabajo en el ámbito de la Administración local. Dicho precepto previene que las corporaciones locales formaran la relación de puestos de trabajo en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública. Pero también establece que corresponde al Estado establecer las normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones. Normas que el Estado no ha establecido directamente para las entidades locales, pero si ha señalado específicamente para su propia Administración pública. A partir de ahí la posibilidad de convertir las normas para el propio Estado en normas del Estado para la elaboración de relaciones de puestos de trabajo está a sólo un paso. Y ello implica que resultaría también de aplicación al ámbito de la Administración local, por vía de conexión, el artículo 15 LMRFP, sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, y la Orden de 2 de diciembre de 1988, sobre

relaciones de puestos de trabajo en la Administración del Estado, completada por la Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se dispone la publicación de la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para la Administración Pública, por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración.

Lógicamente ello presupone la posible existencia de hasta tres modelos normativos susceptibles de regular en el ámbito local el instrumento técnico que denominamos como relación de puestos y su contenido, opciones que han sido avanzadas por nuestra doctrina judicial.

En el primero de dichos modelos, se establecería una directa conexión entre el artículo 90.2 LRBRL y los artículos 72 y 74 EBEP 2015. Por tanto, se entendería que en el marco de sus competencias de autoorganización, las Administraciones, y por tanto las corporaciones locales, podrían estructurar los puestos de trabajo de sus organizaciones a través de relaciones u otros instrumentos similares que comprenderían, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Esta hipótesis tendría a su favor la de resultar ser la interpretación más coherente con el planteamiento expresado en la exposición de motivos del EBEP en el que se resalta la afirmación en favor de cada una de las entidades territoriales de una política de personal propia en el marco de una serie de criterios mínimos de carácter prescriptivo y homogeneizador. Aquí resulta esencial entender que el artículo 74 EBEP 2015 no contiene un mandato dirigido al legislador de desarrollo, es decir, a las leyes de función pública de las comunidades autónomas, sino que contiene una directriz directamente proyectada sobre cada una de nuestras Administraciones públicas. Por tanto, la aplicación de este precepto no requiere de la preexistencia de una ley de función pública que configure un determinado modelo de ordenación de puestos de trabajo para todas las corporaciones locales del Estado o del territorio de una determinada comunidad autónoma. Podríamos decir que lo pretendido en el artículo 74 EBEP 2015 por el legislador básico estatal de la función pública general es superar una determinada situación de clasificación homogénea en tipos organizativos tan dispares como pueden ser los existentes en la Administración del Estado, en las Administraciones de las comunidades autónomas y en el heterogéneo mundo de la Administración local. Por tanto, hay en el artículo 74 EBEP 2015 una opción por una regulación flexible y reducida de este tipo de ordenación que podría resultar antagónica con la prevista en los tipos normativos inspirados en la primitiva redacción de la LMRFP. Desde esta perspectiva, el grado de compatibilidad del artículo 16 LMRFP con el artículo 74 EBEP 2015 resulta relativo. De hecho, uno viene a

sustituir al otro y lo hace dotando a las corporaciones locales de una capacidad de elección, si se quiere formal, pero elección del instrumento de ordenación de puestos y de unos contenidos mínimos que permiten disponer a cada entidad de una mayor capacidad de configuración. De ahí que no haya de sorprendernos la existencia de una línea doctrinal en la que mantiene la plena vigencia y la total eficacia del artículo 72 y 74 EBEP 2015 para la ordenación actual de los recursos humanos de cada Administración, argumentando que se trata de una serie de preceptos que se refieren a las Administraciones públicas de forma concreta, por lo que no se necesita la interposición de una ley de función pública para su aplicación ni se precisa de un ulterior desarrollo normativo para disponer su ejecución⁹⁴⁴.

Dicho esto, se ha de reconocer también que existe en nuestra doctrina judicial otra línea de interpretación que entiende que el artículo 74 EBEP 2015 no resulta de directa aplicación hasta que se dicten las leyes de función pública y las disposiciones reglamentarias que anuncia la disposición final cuarta.2 EBEP 2015. Consecuentemente, esta posición presupone la recuperación de las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos preexistentes con anterioridad al EBEP, es decir, el mantenimiento del artículo 16 LMRFP. Al mismo tiempo, esta interpretación va más allá. En base a la identificación que se presupone en el segundo párrafo del artículo 90.2 LRBRL, del régimen normativo de las relaciones de puestos que se hayan de confeccionar por la Administración local con el régimen normativo de la confección de puestos en la Administración del Estado, se plantea la aplicación del artículo 16 LMRFP, pero también por razones de analogía o de subsidiariedad, la del artículo 15 LMRFP, que aunque referido a la Administración del Estado resultaría de aplicación a la Administración local a falta de las normas estatales con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de las corporaciones locales⁹⁴⁵. Más aún, puede dar otro paso y afirmar que resulta inherente al Estado, en función de la competencia atribuida por el segundo párrafo del artículo 90.2 LRBRL, la capacidad de regular de forma básica el régimen

⁹⁴⁴ SSTs de 26 de setiembre de 2011, ROJ: STS 6322/2011; de 22 de junio de 2012, ROJ: STS 5714/2012; de 25 de junio de 2012, ROJ: STS 5470/2012; y de 22 de julio de 2012, ROJ: STS 5714/2012.

⁹⁴⁵ SSTs de 20 de octubre de 2008, ROJ: STS 5629/2008; de 9 de julio de 2012, ROJ: STS 5418/2012; y de 17 de julio de 2012, ROJ: STS 5483/2012. En la misma dirección, la STSJ de Galicia de 21 de mayo de 2014, ROJ: STSJ GAL 5714/2014, y de 1 de octubre de 2014, ROJ: STSJ GAL 7479/2014. Al respecto resulta de extraordinario interés la tesis mantenida en la STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2014, ROJ: STSJ CAT 312/2014, donde se sostiene que: “el mantenimiento de la vigencia de las normas preexistentes al EBEP no hay que referirla únicamente a aquellas normas que regulan las materias que son objeto de los preceptos del EBEP respecto de las que el apartado 2 de la Disposición Final Cuarta dispone que producirá efectos a partir de la entrada en vigor de la correspondiente Ley de Función Pública, sino que abarca a cualquier norma sobre “ordenación, planificación y gestión de recursos humanos” (términos que engloban todo el régimen jurídico de los empleados público), incluso sobre materias objeto de preceptos que han entrado en vigor, siempre que, lógicamente, aquella norma no resulte contraria a lo previsto en el EBEP”.

de las relaciones de puestos de trabajo en el ámbito local, ámbito donde se deberá ejercer la competencia de organización para estructurar su propia estructura en base a puestos dispuestos de forma análoga a como lo ha hecho el propio Estado en su ámbito de referencia, es decir, con el mismo sistema normativo y régimen jurídico⁹⁴⁶.

Adquirido este presupuesto resulta fácil incluir en el bloque normativo que resulta configurador de la formación de las relaciones de puestos en el ámbito de la Administración local, la Orden de 2 de diciembre de 1988, sobre relaciones de puestos de trabajo en la Administración del Estado, completada por la Orden de 6 de febrero de 1989, por la que se dispone la publicación de la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para la Administración Pública, por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración, disposiciones estas que se consideran ambas de aplicación al personal de la Administración local, por tratarse de disposiciones de desarrollo de la normativa básica estatal sobre función pública, a la que expresamente se remite el artículo 90.2 LRBRL⁹⁴⁷.

Finalmente, existe una tercera vía que parte del mismo presupuesto por considerar al artículo 74 EBEP 2015 un precepto que no resulta vigente hasta que no se dicten las leyes de función pública de desarrollo de la norma básica estatal, lo que implica el mantenimiento en vigor en cada Administración Pública de las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos. Sin embargo, más allá del artículo 16 LMRFP, la integración de normas que resultan de aplicación a la confección de las relaciones por las corporaciones locales no se realiza aquí con la atracción de los preceptos que ordenan la elaboración de los instrumentos de ordenación de puestos de la Administración del Estado, sino en base a las normas autonómicas de aplicación que resultan anteriores a la aplicación del EBEP. De hecho, se acaba entendiendo que la omisión dilatada en el tiempo del Estado para dictar normas sobre las relaciones de las corporaciones locales previstas en el segundo párrafo del artículo 90.2 LRBRL, permite que la regulación resulte de la aplicación los preceptos de la legislación básica del Estado, es decir, del artículo 16 LMRFP, y de su posible integración con las correspondientes normas autonómicas que pudieran dictarse para su aplicación específica en el ámbito de la Administración local⁹⁴⁸. En ese sentido, la referencia del artículo 90.2 LRBRL a la legislación

⁹⁴⁶ La tesis en GIL FRANCO, Agustín Juan. Régimen jurídico básico de las relaciones, *ob.cit.*, p. 5.

⁹⁴⁷ Tal como literalmente se dice en la STSJ de Andalucía, Granada, de 22 de febrero de 2010, ROJ: STSJ AND 794/2010.

⁹⁴⁸ Sin que pueda producirse una traslación de la legislación general de los funcionarios de una Comunidad Autónoma al ámbito de la Administración local, tal como se puede ver en la STS de 10 de noviembre de 2008, ROJ: STS 7067/2008, para el supuesto concreto del señalamiento de las retribuciones complementarias.

básica sobre función pública y la competencia atribuida al Estado en el párrafo segundo de ese precepto respecto de las normas sobre relaciones de puestos de trabajo, han de entenderse limitadas a lo básico, por exigencia del artículo 149.1.18 CE, sin excluir por tanto la posibilidad de que las comunidades autónomas, respetando esa legislación básica, puedan, a su vez, ejercer las competencias normativas en la materia que les correspondan⁹⁴⁹.

Aunque llama poderosamente la atención la divergencia existente en esta materia en el seno del Tribunal Supremo, somos de la opinión expresada en la primera de las tesis enunciadas. A nuestro parecer los artículos 72 y 74 EBEP 2015 encomiendan a cada una de nuestras Administraciones la determinación de los instrumentos que hayan de utilizarse para estructurar su organización sin otra restricción que el respeto a los contenidos mínimos que hayan de plasmarse en la correspondiente relación u otra herramienta similar.

El artículo 72 EBEP 2015 supone un reconocimiento explícito de que las Administraciones públicas estructuran sus recursos humanos en el marco de sus competencias de organización. Por su parte, el artículo 74 EBEP 2015 establece que las Administraciones públicas estructuran su organización a través de relaciones de puestos de trabajo u otros instrumentos similares, lo que, por un lado, refuerza la idea de que las organizaciones públicas se estructuran primariamente a través de sistemas de clasificación de puestos, y, por otro reconoce la posibilidad de que dichas Administraciones establezcan su organización a través de un medio alternativo pero similar. Lo que claramente se advierte es que dicho mandato se dirige a las Administraciones individualmente consideradas. En todo caso, lo realmente importante, no es la denominación del instrumento sino su contenido. En efecto, el legislador básico se ha inclinado por establecer un contenido mínimo de las relaciones de puestos de trabajo que habrán de incluir necesariamente esos instrumentos de ordenación. Dicho contenido mínimo sustituye y desplaza al contenido esencial de las relaciones de puestos, “en todo caso”, previsto en el

⁹⁴⁹ Dicho razonamiento tiene su fundamento histórico en la STS de 13 de noviembre de 1995, ROJ: STS 5684/1995, en la que se argumenta que la referencia del artículo 90.2 LRBRL a: “los términos previstos en la legislación básica del Estado” y la competencia atribuida al Estado para: “establecer normas con arreglo a las cuales hayan de confeccionarse las relaciones de puestos de trabajo, la descripción de puestos de trabajo tipo y las condiciones requeridas para su creación”, se han de entender limitadas por la referencia al artículo 149.1.8 CE, efectuada por el artículo 92.1 LRBRL para establecer el sistema normativo que resulta de aplicación a los funcionarios al servicio de la Administración local, lo que implicaría la afirmación de la competencia de las Comunidades Autónomas para ejercer sus posibilidades normativas en la materia formación de relaciones de puestos de trabajo existentes en la organización de las corporaciones locales, de conformidad con sus respectivos Estatutos de Autonomía, constatando también que el hecho objetivo que el Estado no haya dictada la normativa básica prevista en el segundo párrafo del artículo 90.2 EBEP, no debe de cerrar por sí mismo el paso a que las Comunidades Autónomas puedan ejercer sus competencias, dado que las mismas no pueden resultar condicionadas en un sentido cronológico al precedente temporal de la normativa estatal. En la misma dirección, la STS de 7 de noviembre de 2003, RJ/2003/8730.

artículo 16 LMRFP, al menos como parámetro básico y homogeneizador del instrumento que identificamos con el sintagma “relación de puestos de trabajo”.

Queda también claro que la disposición derogatoria única EBEP 2015 prevé expresamente la pérdida de vigencia y eficacia jurídica del artículo 16 LMRFP.

En cualquier caso, lo que se ha planteado más específicamente por la opciones que rechazan la aplicación directa del EBEP en esta materia es hasta qué punto la regulación recogida en el artículo 74 EBEP 2015 resulta directamente aplicable por las Administraciones, cuando la propia disposición final cuarta.² EBEP 2015, afirma expresamente que hasta que se dicten las leyes de función pública y las normas reglamentarias de desarrollo se mantendrán en vigor en cada Administración las normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan a lo establecido en el Estatuto.

En consecuencia, podría pensarse que dada la referencia estricta contenida en la disposición citada a las normas de ordenación de recursos humanos, y dado que las normas de estructuración del empleo público no son otra cosa que normas de ordenación, estas deberían permanecerán vigentes hasta la aprobación de las correspondientes leyes de función pública. Pero dicha tesis se puede relativizar si se tiene en cuenta que la cláusula citada tiene un alcance general al margen de su expresión concreta a modo de una norma de reviviscencia de la legislación anterior que pudiera resultar necesaria para una correcta gestión de los recursos humanos hasta la aprobación de las normas de desarrollo.

De la misma manera, también se puede llegar a la conclusión de que la discusión enunciada puede llegar a tener unos limitados efectos prácticos y resultar de hecho innecesaria, ya que la normativa básica anterior al EBEP lo único que hace es exigir a las relaciones de puestos de trabajo un contenido material un poco más denso del previsto ahora en el artículo 74 EBEP 2015, por lo que objetivamente no existiría una manifiesta relación de incompatibilidad entre ellas, con lo que no habría mayor inconveniente en considerarla como vigente temporalmente hasta que el legislador de desarrollo modifique o adapte el contenido del EBEP, procurando así una mayor seguridad jurídica a las decisiones que pudieran producirse en este ámbito sin perderse en cuestiones de detalle.

Unas opiniones que a nuestro parecer resultan equivocadas por las razones siguientes:

a) El artículo 74 EBEP 2015 contiene una habilitación directa a la competencia de organización de las Administraciones públicas para estructurar sus puestos de trabajo.

b) Los artículos 72 y 74 EBEP 2015 forman parte del capítulo II, del título II EBEP 2015, cuya producción de efectos no ha sido demorada a la entrada en vigor de las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del estatuto, como así ha ocurrido con el capítulo III, del Título II EBEP 2015, a tenor de la disposición final cuarta.1 EBEP 2015.

c) La disposición final cuarta.2 EBEP 2015 contiene una norma transitoria que sin duda puede tener una interpretación y alcance general para solucionar todo el elenco de situaciones problemáticas temporales que pudieran darse pero que no debería aplicarse a aquellas normas que no plantean ningún dilema interpretativo y que en principio, primariamente, ha de ponerse en relación y consonancia con el esquema de entradas en vigor en diferido que plantea el propio EBEP, del que resulta la mejor expresión el contenido del apartado primero de la Disposición Final Cuarta.1 EBEP 2015.

d) En todo caso entre el contenido del artículo 74 EBEP 2015 y el contenido del artículo 16 LMRFP se plantea una derogación por una nueva redacción de una materia que resulta formalmente identificable por referirse al mismo contenido regulatorio, resultando manifiestamente absurdo sostener la vigencia simultánea de dos regulaciones cuyos ámbitos de normación resultan idénticos. Cuestión distinta es que se pueda utilizar, como se ha hecho hasta el momento, la regulación concerniente a la clasificación de puestos en la Administración del Estado para resolver las dudas o vacíos interpretativos de la regulación de la confección de las relaciones de puestos en las Corporaciones Locales ofreciendo pautas que pueden ser observadas, igualmente, por dichas entidades territoriales.

5.4.5. El contenido de la relación de puestos y su negociación

Existe en el artículo 74 EBEP 2015 un mandato dirigido a todas las Administraciones públicas para estructurar su organización a través de relaciones de puestos u otros instrumentos similares. Formar la relación de puestos de una organización exige identificar los puestos, configurarlos, denominarlos y adscribirlos a un determinado centro gestor, exige también una auténtica catalogación por orden de importancia de los distintos puestos, es decir, su valoración.

Interesa destacar que la actividad descrita es eminentemente conformadora del puesto como elemento esencial de la estructura en cuanto define el tipo de puesto, sus funciones y responsabilidades, su denominación y nivel en la organización municipal.

Sin embargo, si reparamos en el artículo 74 EBEP 2015 referido al contenido de la relación de puestos advertiremos que los elementos mínimos de la misma que conviene considerar son: “la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalasen, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias”.

Se ha dicho, con razón, que la relación de puestos de trabajo ha de poder identificar el puesto y sus características, es decir, definirlo, concretar su ámbito y el nivel de cometidos que le corresponden. Pero se ha señalado también que nuestra legislación ha ido eliminando progresivamente algunas de las señas de identidad de los puestos, como pueden ser las características esenciales de los mismos y los requisitos exigidos para su desempeño, que permitían reconocer el número, el tipo y el haz funcional de los mismos. Hasta el punto de que la relación de puestos no tiene por qué ser un instrumento formal para la descripción de los cometidos de cada uno de ellos siempre que exista otro documento técnico de carácter auxiliar y complementario que los recoja, lo que por cierto plantea, como después veremos, la naturaleza y el procedimiento de elaboración de dicho instrumento⁹⁵⁰. Hay que mencionar, además, que en su día el Informe de la Comisión para el Estudio y la Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (2005), ya señaló que debería diferenciarse el documento público que clasifique los puestos de trabajo y señale los requisitos exigidos para su desempeño, así como las retribuciones correspondientes a cada puesto, de la identificación precisa de su contenido funcional, advirtiendo de que esta última debe establecerse más bien en instrumentos de carácter interno y de mera gestión carentes de valor jurídico y fácilmente modificables, con el fin de evitar una rigidez excesiva en el diseño de los puestos.

Pero es indudable que la identificación de un puesto a partir de un determinado contenido funcional que lo dote de sentido y de la posibilidad cierta de reconocimiento en una determinada estructura ha de existir y, a nuestro parecer, ha de quedar al margen de la negociación colectiva por responder a un ejercicio estricto de las potestades de organización que ha de darse en función de las necesidades del servicio. Y es evidente que ese proceso de identificación, conformación y clasificación de los puestos tiene un indudable reflejo sobre las relaciones con independencia de que el conjunto de tareas, funciones y responsabilidades asignadas a cada puesto e identificadas por su contenido funcional y su posición en la estructura organizativa pueda tener una mayor concreción en otros documentos técnicos. De la misma manera también

⁹⁵⁰ CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. Claves para la modernización de la estructura, *ob.cit.*, p. 299-308.

resulta obvio que existe un determinado contenido de la relación de puestos como puede ser el perfil de competencias para ocuparlo, que debe ser coherente, obviamente, con las exigencias funcionales de los puestos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias que por incidir en las condiciones de trabajo de los funcionarios en términos de carrera, movilidad y retribuciones ha de ser objeto de negociación. Pero el espacio de la negociación es ese y no la entera configuración del puesto en la relación u instrumento de organización, es decir, la relación de puestos de trabajo en sí misma considerada sin distinción alguna entre los distintos elementos que conforman su contenido.

Si atendemos ahora a la evolución de la doctrina judicial sobre esta cuestión, advertiremos que, en un primer momento, se afirma la necesidad de identificar los puestos de trabajo a través del reconocimiento de sus características esenciales, es decir, de su núcleo definitorio. Ello quiere decir determinar aquellas tareas que constituyen el núcleo básico del puesto de trabajo y proceder a su valoración y plasmación en la relación. En el bien entendido de que solo a través de esta definición se podrán justificar determinados requisitos de desempeño⁹⁵¹. A veces la definición del puesto vendrá contenida en su propia denominación, mientras que en otras será necesaria una descripción más amplia, que permita apreciar realmente el ámbito y nivel de cometidos que le corresponden⁹⁵². Es más, en el caso en que se incluyan en la relación habrá que tener en cuenta que las indicaciones que han de figurar en la misma no han de ser exhaustivas en cuanto a la descripción del contenido, aspectos y características de todos y cada uno de los puestos⁹⁵³. En línea con lo anterior, se acabará defendiendo que la descripción de las funciones del puesto resulta necesaria para que pueda ser analizada la corrección jurídica de las actuaciones en materia de personal, sobre todo en lo relativo a los requisitos de desempeño, la determinación del sistema de provisión de puestos de trabajo y la asignación de complementos retributivos⁹⁵⁴.

En un segundo momento, parece cobrar importancia la corrección normativa producida por el artículo 50 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, que modifica el artículo 15.1.b) LMRFP, de cuyo texto, referido a las indicaciones mínimas que han de contener las relaciones de puestos de trabajo, se retira la expresión: “características esenciales”⁹⁵⁵. La desaparición de dicha expresión que en su momento había

⁹⁵¹ STS de 12 de diciembre de 2006, ROJ: STS 7772/2006.

⁹⁵² STS de 23 de enero de 1997, ROJ: STS 329/1997.

⁹⁵³ STS de 18 de noviembre de 2003, ROJ: STS 7271/2003.

⁹⁵⁴ STS de 10 de febrero de 2010, ROJ: STS 1376/2010.

⁹⁵⁵ El redactado original del artículo 15.1. b) LMRFP decía así: “Las relaciones de puestos de trabajo, indicarán, en todo caso, la denominación y características esenciales de los mismos; los requisitos exigidos para su

sido interpretada jurisdiccionalmente como expresiva de la necesidad de hacer constar en la RPT las funciones de cada puesto, plantea ahora el problema de la configuración última de dichos puestos que hay que deducir de una serie de elementos como pueden ser la propia denominación del puesto, su adscripción a un determinado órgano administrativo y la normativa reguladora de sus competencias, la adscripción del puesto a un grupo de pertenencia y a un determinado cuerpo o escala, y dentro de éste, a una especialidad, atendiendo a las normas que regulan dichas estructuras profesionales, y también el ejercicio mismo de la facultad de los titulares de los órganos administrativos de ordenar los recursos humanos disponibles a través de las correspondientes órdenes e instrucciones.

A partir de ahí resulta fácil deducir que la relación no tiene por qué ser el único instrumento formal de descripción de las funciones de los puestos de trabajo. La fuente de conocimiento de esas funciones puede buscarse también en una serie de elementos normativos o administrativos que se sitúan dentro y fuera de la relación. En consecuencia, la omisión de una descripción explícita de funciones en la relación no es, por sí sola, causa de invalidez o nulidad de dicho instrumento. En cualquier caso, interesa dejar constancia de que existen en la relación una serie de características que contribuyen a la determinación funcional del contenido del puesto como pueden ser la denominación, la adscripción orgánica y los grupos profesionales, cuerpos y escalas de referencia⁹⁵⁶. Lo que sí resulta cierto es que la ausencia de todo requisito en la configuración de un puesto es contraria al ordenamiento jurídico que ordena como mínimo denominarlos y ordenarlos dentro del órgano o unidad en que se incardinan. En esta dirección, se puede indicar la existencia de una línea doctrinal en la que se señala que los cambios de denominaciones y adscripciones de puestos de trabajo a órganos y unidades se actúan en

desempeño; el nivel del complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral”. La nueva redacción de este párrafo dada por el artículo 50 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, quedará en los siguientes términos: “Las relaciones de puestos de trabajo indicarán, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel del complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral”.

⁹⁵⁶ SSTS de 10 de febrero de 2010, ROJ: STS 1376/2010; y de 10 de julio de 2013, ROJ: STS 4323/2013. La SAN de 6 de junio de 2012, ROJ: SAN 2661/2012, señalara que puede resultar absurdo tener que especificar en cada puesto y puesto por puesto, cada una de las funciones a desempeñar si resultan ser las propias de un cuerpo o escala y de la unidad administrativa en la que se inserta el puesto, al margen de las funciones propias y singularizadas de un particular tipo de puestos.

ejercicio de la potestad de organización y no han de ser objeto de negociación, entre otras cosas porque no tienen por qué suponer una afectación de las condiciones de trabajo⁹⁵⁷.

Más allá de esta cuestión, la elaboración de una relación va a depender de la aplicación de un sistema de clasificación de puestos que, no lo olvidemos, ha de ser objeto de negociación. Dicha operación permite obtener la definición del contenido formal de cada tipo de puesto, a partir de la descripción de las tareas relevantes necesarias para el correcto desempeño de las funciones y la adecuada prestación de los servicios, que se planteará conexas con la determinación de los requisitos profesionales exigidos para ello. La pertinente identificación del puesto y su contenido funcional básico pueden constar en un documento técnico complementario de la relación que resulta ser una expresión de la potestad de organización que no ha de ser objeto de negociación. De hecho, la configuración de un puesto de trabajo es inherente a la capacidad de organización, que cuando define su responsabilidad básica, sus tareas principales y su posición jerárquica, obra legítimamente en el marco de un amplio margen de discrecionalidad que solo aparece limitada por el principio de eficacia y el de buena administración. Toda aprobación de una relación de puestos presupone la existencia e identificación de dichos puestos fruto de la potestad de autoorganización de la Administración, puestos que se pueden definir y estructurar al margen de la propia relación, ya que la inclusión en dicho instrumento solo exige una serie de elementos como son la denominación, los requisitos de desempeño, el sistema de provisión y las retribuciones complementarias, que han de ser coherentes con unas funciones sistematizadas que pueden estar estructuradas en documentos distintos a la propia relación, documentos cuya formación puede obedecer a un procedimiento separado y distinto al de la aprobación de la relación de puestos de trabajo⁹⁵⁸.

⁹⁵⁷ STS de 11 de marzo de 2013, RJ/2013/3529. La SAN de 14 de noviembre de 2012, ROJ: SAN 4593/2012, las SSTSJ de Cataluña de 28 de junio de 2013, ROJ: STSJ CAT 7235/2013; y de Madrid de 12 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ M 12430/2013, nos dirán que la simple modificación de la denominación del puesto de trabajo no ha de ser objeto de negociación. La STSJ de Cataluña de 27 de junio de 2003, ROJ: STSJ CAT 7961/2003, ya había percibido tempranamente que el encuadramiento orgánico no es una circunstancia a incluir entre las características del puesto de trabajo por lo que no ha de ser objeto de negociación colectiva.

⁹⁵⁸ SSTSJ del País Vasco de 6 de febrero de 2009, RJCA/2009/689, y del País Vasco de 27 de febrero de 2009, ROJ: STSJ PV 1630/2009. Indirectamente dicha doctrina se recoge en la STS de 11 de diciembre de 2012, ROJ: STS 8368/2012. La idea de una relación de puestos de trabajo cuya motivación se ha de encontrar en un expediente administrativo donde se contenga una memoria o un documento técnico detallando los puestos de trabajo y los elementos definidores de cada uno de ellos, se formula en la STSJ del País Vasco de 25 de enero de 2013, ROJ: STSJ PV 3846/2013; de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2014, ROJ: STSJ CLM 1642/2014; de Castilla-La Mancha de 30 de septiembre de 2014, ROJ: STSJ CL 2633/2014; y de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2016, ROJ: STSJ CL 2281/2016. La STSJ de Castilla-La Mancha de 16 de julio de 2014, ROJ: STSJ CLM 2707/2014, advertirá que dichos informes técnicos que actúan como base esencial de la concreción y configuración de los puestos de trabajo no han de ser objeto de negociación, ya que sólo han de negociarse las condiciones de trabajo. Más concretamente, la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ AND 10349/2015, advertirá que la específica asignación de funciones a realizar en el desempeño de un determinado puesto de trabajo,

A partir de ahí podríamos concluir este apartado con las consideraciones siguientes:

- a) Formar la relación de puestos exige identificarlos, configurarlos, denominarlos y adscribirlos a un determinado centro gestor, y exige también ordenarlos en función de la importancia de las responsabilidades que deberá asumir cada puesto de trabajo.
- b) El contenido de la relación de puestos puede incorporar la definición de las características definitorias de los mismos o limitarse a los elementos mínimos previstos en el artículo 74 EBEP, es decir, la denominación, los grupos de clasificación, los cuerpos o escalas a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.
- c) También parece admisible la confección de una relación de puestos que prescindan de su identificación y definición expresa y la remita a una memoria, documento o instrumento público de carácter interno que actúa como justificación del contenido de la relación pero que no presupone su incorporación a la misma.
- d) De la misma manera, resulta posible que el contenido funcional de un puesto pueda acabar deduciéndose de la denominación, la adscripción a un determinado órgano, el grupo de pertenencia o su referencia a una determinada estructura profesional.
- e) En todo caso, la identificación del puesto, la concreción de su núcleo definitorio, su denominación y su adscripción funcional, forma parte del contenido intrínseco de la potestad de organización que no ha de ser objeto de negociación, al margen de que el mismo se integre en la relación de puestos de trabajo, en un instrumento o documento técnico complementario o sea objeto de deducción a través de elementos técnicos y normativos que pueden situarse fuera y dentro de la relación.

5.4.6. Determinación de puestos, ejercicio de funciones públicas y negociación

Sabemos que todos los puestos de trabajo existentes en una organización se han de incorporar a la relación. En palabras del artículo 15 LMRFP, dedicado a las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, dichos instrumentos comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada centro gestor, el número y las características de los que puedan ser ocupados por personal eventual así como los de

es una decisión de la Administración que afecta a su potestad de organización cuya falta de negociación en modo alguno conculca el artículo 74 EBEP, ya que no entra dentro del elenco que cataloga los elementos que se han de incluir en una relación como instrumento público necesario de estructuración administrativa.

aquellos otros que pueden desempeñarse por personal eventual. Por tanto, una de las grandes decisiones que se adoptan a la hora de formular una relación es la de fijar el régimen jurídico de los ocupantes de los puestos, es decir, determinar qué puestos de las estructuras administrativas van a ser desempeñados por funcionarios y cuáles lo pueden ser por otros tipos de empleados públicos⁹⁵⁹.

Si bien es cierto que el artículo 74 EBEP 2017 no estipula ahora de una manera clara que serán las relaciones de puestos las que se encarguen de efectuar esta operación jurídica, lo cierto es que la misma parece considerarse implícita a un elemento del contenido mínimo en la referencia hecha a: “los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos”.

Paralelamente, debemos recordar que la clasificación del régimen jurídico de los puestos se mueve entre artículo 9.2 EBEP 2017 que reserva a los funcionarios, en todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, y la lectura de los términos de dicha reserva que pueda hacerse en la ley de desarrollo que resulte de aplicación para cada Administración pública. En todo caso, el EBEP señala explícitamente los criterios de reserva de los puestos de funcionarios, lo que permite legitimar la apertura de determinadas posiciones al personal laboral, pero no nos dice la naturaleza de los contenidos de los puestos que podrán ser desempeñados por dicho personal, remitiendo al legislador de desarrollo el establecimiento de principios para definir esos puestos.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el actual artículo 92.2 LRBRL, advierte de que: “Con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus Organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario”, lo que convierte al personal laboral en un régimen jurídico alternativo de naturaleza excepcional que deberá ser expresamente previsto en las leyes de referencia o en los instrumentos de estructuración de personal con potencialidad ordenadora. Correlativamente, el tercer párrafo del artículo 92 LRBRL reserva exclusivamente a los funcionarios de la Administración local las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales, las que impliquen ejercicio de autoridad, y en general, aquellas que en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, la imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.

⁹⁵⁹ ARROYO YANES, Miguel. Los instrumentos de gestión del empleo, *ob.cit.*, p. 217-218.

En esta materia puede entenderse que el papel de las relaciones debería ser puramente instrumental y limitarse a servir de cauce de una decisión predeterminada por el legislador y concretada por un criterio organizativo, claro y estable por parte de la Administración de referencia, consistente en la decisión de crear un puesto y adscribirlo a un determinado régimen jurídico. Pero también puede afirmarse que la operación de clasificación de puestos a ocupar por personal funcionario o laboral, permite un margen de discrecionalidad que abre un campo a la negociación del régimen jurídico de unos puestos que, prescindiendo ahora de su contenido, que puede repercutir seriamente sobre las posibilidades de acceso, carrera profesional y movilidad en el seno de una determinada estructura pública.

Nótese que lo que se es está planteado no es menor, ya que se trata de argumentar si la definición de criterios organizativos que permitan deslindar puestos de funcionarios y laborales pertenece o no a la construcción del núcleo definitorio de un puesto que se ha de argumentar de una forma técnica en base a un ejercicio legítimo de la potestad de organización, o si se trata de una serie de decisiones que admiten un cierto ámbito de libertad con incidencia en las condiciones de trabajo que han de ser objeto de negociación⁹⁶⁰.

El problema es, pues, saber si la decisión de definir el régimen de un puesto es formal, o jurídica, fundamentada en una base técnica, un argumento de naturaleza organizativa que no es posible negar, o hay que tener en cuenta que la diferenciación de puestos en una estructura organizativa tiene un determinado impacto material sobre, como mínimo, la movilidad y la carrera administrativa vertical⁹⁶¹.

En todo caso, convendrá precisar desde un principio que el hecho de definir un puesto como de personal funcionario o laboral es una característica del puesto pero no de las personas que lo ocupan o que lo pueden ocupar. El régimen jurídico no es en sí mismo un requisito de desempeño del puesto, no está en los contenidos de perfil exigidos a los empleados públicos. Los perfiles son siempre posteriores a la decisión organizativa de crear un puesto y configurarlo como tal: primero qué, luego cómo y sólo después, con quién.

El punto de partida en esta materia ha de ser que, en lo que se refiere a la prestación de servicios a la Administración, la naturaleza de la relación jurídica que la hace posible, ya sea administrativa o laboral, es un aspecto que en nada incide en su contenido material y su posible

⁹⁶⁰ La adscripción a uno u otro régimen jurídico en función del perfil profesional del puesto de trabajo entendido como una decisión organizativa es el hilo conductor del trabajo de GORRITI BONTIGUI, Mikel. Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa, *op.cit.*, p. 94-111.

⁹⁶¹ GORRITI BONTIGUI, Mikel. Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa, *op.cit.*, p. 99.

determinación o afección de las condiciones de trabajo, debiendo quedar la decisión en manos de los órganos gestores de las Administraciones que son quienes han de valorar, conforme a las leyes, cuál es la forma más adecuada de organización. Más aún, el régimen jurídico de un puesto de trabajo y su posible modificación no afecta por sí mismo al contenido mismo de dicho puesto, es decir, a sus condiciones de trabajo, que deberán ser las que resulten pertinentes o las ya establecidas, por lo que no resulta obligado someter a la negociación este aspecto concreto de una determinada relación de servicios⁹⁶².

En resumen, los puestos de trabajo han de ser calificados en las relaciones acordes con un determinado régimen jurídico en base única y exclusivamente a su naturaleza, carácter y contenido funcional con independencia de que a sus titulares se les haya ingresado como personal funcionario o se les haya contratado como personal laboral⁹⁶³.

En todo caso, no parece que la motivación de la elección de un determinado régimen jurídico pueda encontrarse en normas sobre estructura orgánica, en disposiciones que definen y regulan órganos o unidades administrativas o en el encuadramiento orgánico de determinados puestos

⁹⁶² STS de 9 de febrero de 2004, ROJ: STS 747/2004.

⁹⁶³ De hecho, la STS de 13 de mayo de 2009, ROJ: STS 4279/2009, nos recuerda que, por lo que hace, a los puestos de trabajo de la Administración, la regla general es el estatuto funcionarial y lo excepcional el régimen laboral; esto hace que hayan de interpretarse restrictivamente las excepciones previstas legalmente, atendiendo siempre a las notas fundamentales que pueden tomarse en cuenta como hábiles para encarnar la excepción. Dichas notas son las siguientes: la temporalidad del puesto; su contenido coincidente con actividades propias de oficios o profesiones existentes en el sector privado; su carácter instrumental; o su carácter siempre secundario, auxiliar o de mera colaboración, advirtiéndose también que tratándose de funciones directivas o de organización dentro de la Administración, es el estatuto funcionarial el que mejor garantiza el principio de objetividad que debe presidir cualquier función de dirección administrativa. Una conclusión que se obtiene en base a un análisis del artículo 15.1.c) LMRFP, que pese a referirse a las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado se adopta como pauta o principio para el resto de Administraciones territoriales en la STS de 13 de mayo de 2009, ROJ: STS 4279/2009, una pauta que se transforma en supletoriedad efectiva en la jurisprudencia de los tribunales territoriales, tal como se puede ver en la SSTSJ de Castilla-La Mancha de 21 de julio de 2008, ROJ: STSJ CL 2562/2008; y de Andalucía, Sevilla, de 18 de septiembre de 2014, ROJ: STSJ AND 14835/2014. Alternativamente, pero con la misma idea de fondo, se completa el planteamiento mencionado con el recurso a los artículos 167 y 169 TRRL que definen las funciones atribuidas a las diferentes escalas y subescalas de funcionarios de la Administración local, en la STS de 14 de diciembre de 2011, ROJ: STS 8200/2011. En la misma línea, la STS de 9 de julio de 2012, ROJ: STS 5418/2012. En la jurisprudencia más moderna el planteamiento hecho se puede obtener directamente del artículo 92.2 y 3 LRRL, de la forma siguiente: 1) Los puestos de trabajo cuyas funciones o cometidos exterioricen una actividad de la Administración que tenga una directa transcendencia para la situación jurídica de otros sujetos de derecho, en la que por ello sea relevantes las notas de objetividad, imparcialidad e independencia, habrán de ser necesariamente encomendados a personal funcionario; b) corresponde a la Administración la carga de demostrar que en las funciones de un determinado puesto resultan indiferentes esas notas enunciadas; c) consiguientemente, la validez de los puestos de trabajo laborales estará condicionada inexcusablemente a que, en el acto que los haya creado como tales, este bien visible y justificado que los cometidos y funciones profesionales asignados a los titulares de los puestos, por sus específicas características, hacen indiferente esas notas de la que se viene hablando; d) Por tanto, es siempre la Administración, la que debe configurar y explicar adecuadamente las funciones de cada puesto y justificarla porque razones debe aceptarse su carácter laboral frente a la opción general a favor del personal con relación estatutaria, tal como se dice en las SSTSJ de Castilla-La Mancha de 21 de julio de 2008, ROJ: STSJ CL 2562/2008; de Madrid de 7 de junio de 2012, ROJ: STSJ M 15149/2012; de Andalucía, Sevilla, de 30 de abril de 2014, ROJ: STSJ AND 7469/2012; y de la Comunidad Valenciana de 11 de junio de 2014, ROJ: STSJ CV 3739/2014.

en ámbitos materiales susceptibles de funcionarización, constatándose al efecto la necesidad de una descripción individualizada de funciones y atribuciones confiadas a los distintos puestos⁹⁶⁴.

Es decir, resulta evidente que, con carácter general, para poder valorar si se está o no ante una excepción a la regla general del carácter funcional del personal al servicio de las Administraciones públicas contempladas en nuestro ordenamiento jurídico parece imprescindible conocer el contenido funcional de los puestos concretos de trabajo que pueden ser cubiertos por personal laboral, no bastando para dilucidar si se encuentran o no amparados en el juego de dichas excepciones las justificaciones genéricas o la mera denominación atribuida a los puestos⁹⁶⁵.

A partir de aquí podríamos sintetizar lo que se ha dicho hasta el momento de la forma siguiente:

a) A nuestro parecer cabe que dentro de los sistemas de clasificación de puestos puedan negociarse reglas generales para determinar la adscripción de un puesto a un determinado régimen jurídico que tengan en cuenta el criterio general y la reserva de funciones contenida en el artículo 92 LRBRL.

b) La aplicación de dichos criterios ha de considerarse una decisión eminentemente organizativa de naturaleza técnica.

c) Dicha decisión concierne al régimen jurídico de un puesto pero no afecta a su contenido, es decir, a sus condiciones de trabajo que seguirán siendo las establecidas, por lo que no resulta obligado someter a negociación la decisión concreta de calificación.

5.4.7. Requisitos de desempeño, definición de funciones y negociación

La indudable función que han acabado desempeñando los requisitos profesionales de los puestos, concretamente, la clasificación y el señalamiento de los cuerpos o escalas, en la definición funcional de su contenido y la necesaria relación que ha de existir entre los contenidos de los puestos y su desempeño suscita la duda de la necesaria negociación o no de un elemento de la relación que indudablemente repercutirá sobre la provisión y la carrera profesional de los funcionarios de una determinada organización. De hecho, tradicionalmente se ha establecido una estrecha relación entre el análisis de tareas y la determinación de un

⁹⁶⁴ STS de 13 de mayo de 2009, ROJ: STS 4279/2009

⁹⁶⁵ STS de 23 de diciembre de 2011, ROJ: STS 8737/2011.

sistema de clasificación profesional coherente con la realidad de una determinada organización. El análisis de puestos sirve pues para eso: para identificar los puestos en la organización del trabajo y para especificar los conocimientos, las aptitudes y las habilidades necesarias para que se pueda desempeñar un puesto con un nivel aceptable de competencia. En todo caso, el acto de especificación profesional de un puesto de trabajo constituye un elemento de referencia objetiva y abstracta que ayuda a delimitar el contenido del puesto, y a la vez, desde un punto de vista dinámico, la asignación a un puesto de un concreto grupo profesional señala también un determinado régimen de movilidad y carrera vinculado la promoción con unos determinados elementos de especialidad profesional para que tenga una real eficacia y virtualidad.

Pues bien, es indudable que la naturaleza de las funciones por desempeñar en un puesto constituye un elemento de especial consideración a la hora de elegir el grupo profesional, el cuerpo o escala de referencia y, a través de ellos el nivel educativo y la titulación o titulaciones adecuadas para su desempeño. Como también es evidente que dentro de las estructuras profesionales preexistentes no todos los efectivos de personal pueden desarrollar cualquier función, sino que esta habrá de asignarse a aquellos empleados que, en virtud de sus conocimientos, aptitudes y habilidades, de la especialización en las funciones por desempeñar, estén llamados a cumplir el cometido del puesto del modo más adecuado y eficaz. Y a esta finalidad deben responder los criterios empleados en la confección de la relación de puestos de trabajo.

Pero también es cierto que una de las constantes que muestra la jurisprudencia en esta materia resulta ser la indicación que la Administración en el ejercicio de su potestad de organización está facultada, cuando se trata de señalar los requisitos necesarios para el desempeño de los distintos puestos de trabajo, para determinar, en lo que respecta a la profesionalidad necesaria, a cuál o cuáles de las estructuras que capacitan para el desempeño de las funciones de un puesto han de corresponder los posibles ocupantes del mismo. Es decir, no tiene por qué incluir a todas las que ofrecen esa capacitación, aunque sí debe explicar las razones por las que opta entre una o unas de las posibles, y es en este punto donde debe ofrecer una justificación y se abre una posibilidad de negociación que tenga en cuenta la posible afectación de los derechos de los funcionarios⁹⁶⁶.

De aquí que exista en nuestra jurisprudencia una voluntad de distinguir entre la creación y la conformación de un puesto y sus requerimientos de provisión y desempeño que se han de

⁹⁶⁶ SSTs de 7 de abril de 2010, ROJ: STS 2070/2010; y de 27 de octubre de 2011, ROJ: STS 7221/2011.

considerar adecuados y ser objeto de negociación⁹⁶⁷. Es decir, sin duda, los requisitos del puesto han de ser congruentes con las funciones a desempeñar, y hasta puede defenderse que han de ser particularmente adecuados, pero dada una serie de opciones posibles que aseguren la necesaria idoneidad objetiva con el puesto en cuestión, la elección de la más conveniente ha de ser objeto de negociación, previa justificación siempre de la propuesta dada por la Administración, ya que la determinación de una determinada estructura profesional como requisito de desempeño cierra el paso a la participación en una convocatoria de provisión, lo que en principio solo debería producirse previo amparo legal o reglamentario, o alternativamente, cuando se trate de puestos de trabajo cuyos contenidos se correspondan con requisitos de profesionalidad que solo pueden acreditarse a través de la incorporación a un determinado grupo profesional o estructura corporativa⁹⁶⁸.

Ello debería excluir como hipótesis la posibilidad de negociar la adscripción de un determinado puesto de trabajo a un grupo, cuerpo o escala que no esté relacionado con las funciones inherentes al puesto o cuyo perfil profesional no resulte lo suficientemente específico cuando sí lo sea el tipo de puesto a cubrir⁹⁶⁹.

Las consideraciones realizadas nos permiten avanzar en las afirmaciones siguientes:

- a) Los requerimientos de desempeño de un puesto han de considerarse congruentes con el núcleo funcional de mismo de forma que se asegure su adecuada cobertura.
- b) Dichas condiciones de desempeño se convierten en requisitos de provisión del puesto con una indudable repercusión en las posibilidades de carrera de los funcionarios.
- c) Dentro de las estructuras profesionales que pueden considerarse más idóneas para la provisión de un determinado puesto de trabajo, la existencia de una serie de opción de especificación permite la obertura de un proceso de negociación que tenga en cuenta los posibles derechos y expectativas de los funcionarios.

⁹⁶⁷ STS de 19 de julio de 2010, RJ/2010/7040. También, SSTSJ de Navarra de 18 de julio de 2008, RJCA/2009/152; y de Galicia de 1 de marzo de 2017, ROJ: STSJ GAL 1883/2017.

⁹⁶⁸ STSJ de Galicia de 12 de marzo de 2012, ROJ: STSJ GAL 5226/2014.

⁹⁶⁹ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 18 de marzo de 2005, RJCA/2005/217.

5.5. Decisiones organizativas, repercusión sobre las condiciones de trabajo y negociación

Tal como hemos tenido ocasión de explicar en alguno de los apartados anteriores, el objeto de la negociación prevista en el artículo 37.2.a) EBEP 2015, no son las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización, lo son sus consecuencias, más exactamente la repercusión de las mismas sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios⁹⁷⁰. Lo que sucede es que los conceptos de consecuencia o repercusión son casi sinónimos: causar un efecto o tener mucha resonancia en algo. Lógicamente, la norma no define cuándo una decisión tiene repercusión, lo que convierte dicho término en un concepto jurídico indeterminado que obliga a una integración jurisprudencial casuística en función de las circunstancias concretas procurando un adecuado equilibrio entre el legítimo ejercicio de la potestad de organización y la entidad del cambio o de la repercusión causada a través de la pertinente modificación de condiciones de trabajo.

Es evidente que el objeto de la negociación es la modificación de las condiciones de trabajo, si no hubiera tal difícilmente podríamos hablar de repercusión. De hecho la palabra misma sugiere un efecto, un efecto que se ha de producir en las condiciones de trabajo pero tampoco se nos dice, tal como sucede con el artículo 41 ET, que dicho efecto sea sustancial, simplemente ha de tener repercusión, con lo que el término en cuestión resulta en última instancia poco preciso y puede llegar a carecer de efectos delimitadores en pura técnica jurídica, a pesar de separar el ámbito de lo que ha de ser o no objeto de negociación.

La cuestión no es menor, la diferencia entre una decisión de organización con repercusión sobre las condiciones de trabajo y una decisión sin consecuencias sobre las mismas decide la necesidad o no de someterse a un proceso de negociación. De hecho, el poder de organización real de la Administración en materia de recursos humanos termina donde empieza la modificación de la condición de trabajo. Si la decisión repercute, la Administración deberá contar con las organizaciones sindicales para llevar a cabo las negociaciones que se consideren precisas como exigencia procedimental de la resolución organizativa.

Puede partirse de una visión relativamente simple. Dada la indistinción conceptual de la norma toda decisión que afecte a una condición de trabajo preexistente ha de ser objeto de negociación, con lo que en la práctica la diferenciación marcada por la idea de repercusión se desvanece y la potestad de organización en sí misma considerada pasa a ser una materia más objeto de

⁹⁷⁰ Tal como se advierte en las SSTSJ de Cataluña de 31 de marzo de 2010, RJCA/2010/592; y de Asturias de 16 de febrero de 2015, ROJ: STSJ AS 299/2015.

negociación. Pero puede plantearse una visión más acorde con el espíritu y finalidad de la norma en cuestión: que la decisión organizativa incida realmente en las condiciones de trabajo de los funcionarios produciendo una afección sustancial. Es decir, que la repercusión suponga una circunstancia que tiene mucha resonancia en algo, en este caso en las condiciones de trabajo de los funcionarios⁹⁷¹.

En todo caso, la repercusión se predica de cualquier condición de trabajo prevista en el artículo 37.1 EBEP, con independencia de su sustancialidad o importancia⁹⁷². Por tanto, lo que tiene trascendencia es la repercusión misma y no la condición de trabajo sobre la que se proyecta. Aquí, lo que cualifica es el alcance de la modificación, y no la materia o condición modificada. Así, la determinación del criterio se traslada al cambio o modificación inducidos por la decisión, con lo que el problema resulta ser la intensidad suficiente para que una posible incidencia en una condición de trabajo pueda ser calificada o no de repercusión.

Si la detección de la repercusión reside en su mayor o menor entidad, es decir, en la mayor o menor importancia del cambio introducido por la decisión organizativa, habrá que buscar alguna pauta que nos permita afirmar que el alcance de la intervención tiene unas consecuencias tales sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios que aconsejan la disposición de un procedimiento de negociación.

Parece lo más aconsejable en este caso seguir las indicaciones elaboradas en esta materia por la doctrina laboral para la detección de las modificaciones sustanciales previstas en el artículo 41 ET, que aconsejan determinar el impacto sobre las condiciones de trabajo de las decisiones directivas de los empresarios conjugando la intensidad del cambio y la materia de la que se trate en base al efecto real y efectivo que dicha decisión haya podido tener sobre los derechos del trabajador⁹⁷³.

De esta manera se puede llegar a identificar la repercusión y su posible sustancialidad a través de la consideración de varios aspectos como pueden ser la materia a la que se refiera la modificación, la intensidad del cambio, su carácter temporal o definitivo y, como dato

⁹⁷¹ El Diccionario de la Lengua Española, identifica en su segunda acepción, la palabra repercusión con: “circunstancia de tener mucha resonancia en algo”.

⁹⁷² El artículo 37.2.a) EBEP 2015, se refiere expresamente a las decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización y tengan repercusión sobre condiciones de trabajo de los funcionarios “contemplados en el apartado anterior”. Una tesis que se confirma en la SSTS de 22 de mayo de 2006, ROJ: STS 3150/2006; y de 28 de diciembre de 2012, ROJ: STS 9169/2012. Esta última nos dirá que: “no basta con invocar la afectación a cualesquiera condiciones de trabajo en un sentido lato, general o difuso, sino que han de resultar afectadas precisamente las condiciones contempladas en el nº 1 del art. 37 del EBEP”.

⁹⁷³ LORENTE RIVAS, Antonio. Las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, *ob.cit.*, 2009, p. 229-247.

relevante, el perjuicio o la lesión que la modificación puede representar para el trabajador y, en nuestro caso, para el funcionario.

En todo caso, el criterio determinante es finalmente la entidad del cambio o de la modificación, es decir, la repercusión es el elemento clave sobre el que pivota la obligación de negociar las decisiones de la Administración que se puedan encuadrar en el uso de su potestad de organización⁹⁷⁴. Esto es, que la decisión organizativa tenga un contenido sustantivo y una incidencia en la ordenación de las condiciones de trabajo⁹⁷⁵. Para que esto se produzca la repercusión ha de ser concreta, actual, efectiva y directa, rechazándose toda hipótesis especulativa o elucubración⁹⁷⁶. Todo ello en el bien entendido de que la mera referencia a aspectos relativos a esas condiciones, sin entrar en su regulación ni en su modificación, no requiere de negociación previa, ya que mencionarlas no significa entrar en su régimen o variar su contenido, del mismo modo que no lo supone la remisión a las normas vigentes en la materia⁹⁷⁷.

Como conclusión podríamos afirmar que el planteamiento expuesto arroja la necesidad de constatar caso por caso, lejos de cualquier apriorismo, la repercusión de la decisión organizativa sobre las condiciones de trabajo, lo que supone enfrentar de una manera casuística la delimitación última de la negociación de las decisiones derivadas de la potestad de organización, con lo que resulta bastante difícil determinar si una resolución ha de ser o no objeto de negociación, proporcionándose así escasa seguridad jurídica a la Administración y a las propias organizaciones sindicales en la determinación del ámbito objetivo de la negociación.

⁹⁷⁴ La STS de 6 de julio de 2011, ROJ: STS 4933/2011, señalará expresamente que: “Lo determinante para considerar preceptiva la negociación colectiva previa es, pues, que la concreta actuación de la Administración afecte o tenga repercusión en las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”.

⁹⁷⁵ STS de 6 de junio de 2011, ROJ: STS 4933/2011. Una aplicación de dicha doctrina en la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 5 de marzo de 2013, ROJ: STSJ CL 1323/2013.

⁹⁷⁶ La SAN de 1 de junio de 2006, JUR/2006/170743, insistirá en la necesidad de concreción de los puntos o aspectos de las decisión organizativa que pueden incidir en las condiciones de trabajo y en la obligación de detallar las condiciones afectadas. La STSJ de Cataluña de 20 de marzo de 2013, ROJ: STSJ CAT 2138/2013, señalará expresamente que el artículo 37.2.a) EBEP, contiene la expresión que “tengan repercusión” intentando evitar cualquier elucubración sobre una eventual presunción a favor de la extensión de negociar. Nótese que el anterior artículo 34.2 LORAP, se refería a la consulta de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización y puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios con la expresión que “puedan tener repercusión”; hay aquí, pues, un cambio consciente y decisivo introducido por el propio legislador. La STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2013, JUR/2013/15625, tendrá en cuenta que la falta de acreditación de la incidencia “directa” de la decisión en las condiciones de trabajo. La STSJ de Madrid de 25 de enero de 2012, ROJ: STSJ M 2302/2012, se referirá expresamente a la necesidad de que dichas modificaciones introducidas por las decisiones organizativas sean sustanciales.

⁹⁷⁷ SSTs de 9 de febrero de 2004, ROJ: STS 747/2004; y de 22 de mayo de 2006, ROJ: STS 3150/2006.

6. La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como el procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas

Conviene comenzar advirtiendo de que aunque el artículo 37.2.b) EBEP excluye de la negociación hasta tres posibles bloques de materias diferenciadas como pueden ser: 1) la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública; 2) la regulación del ejercicio de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, y 3) el procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas, lo cierto es que dicha excepción suele despacharse en los tratamientos al uso con una mera reproducción de la previsión legal o con una sucinta referencia a la afectación de dichos supuestos a materias de riguroso orden público lo que hace obvio su imposibilidad de negociación⁹⁷⁸.

Se puede incluso llegar a precisar que la primera de las exclusiones mencionadas se refiere a la posición del ciudadano como titular de pretensiones activas frente a los poderes públicos y, más concretamente, a la condición de interesado en un procedimiento administrativo y a los funcionarios que han de soportar las pretensiones de estos basándose en el régimen jurídico de los derechos contenidos en la legislación que regula el procedimiento. En puridad no se trata de derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos, como nos decía el antiguo artículo 34 LORAP, sino de derechos de los particulares ante las Administraciones que se deberán representar ante funcionarios, que resultan ser la expresión aparente de la actuación de la Administración, y cuyas condiciones de trabajo no podrán menoscabar su obligación de servir y hacer realidad efectiva la práctica de los derechos de las personas contribuyendo a remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los intereses de los ciudadanos.

Recordemos al efecto que nuestra doctrina había sistematizado los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas en base a la clasificación siguiente:

- a) Derecho a identificar a las autoridades y personal al servicio de la Administración bajo cuya responsabilidad se tramiten los procedimientos (artículo 53.1.b de la LPAC).
- b) Derecho a conocer en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y a obtener copias de los documentos contenidos en ellos (artículo 53.1.a LPAC).

⁹⁷⁸ La consideración expuesta en ROQUETA BUJ, Remedios. El derecho de negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 293-294; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José. Artículo 37. Materias objeto de negociación, *ob.cit.*, p. 295-296.

c) Derecho a formular alegaciones, utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia (artículo 53.1.e LPAC)

d) Derecho a no presentar documentos originales exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de la Administración o hayan sido elaboradas por estas (artículo 53.1. c y d LPAC)

e) Derecho a obtener información y orientación acerca de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar (artículo 53.1.f LPAC).

f) Derecho a ser tratados con respeto y deferencia por las autoridades y funcionarios, que habrán de facilitarles el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones (artículo 13.e LPAC)

g) Derecho a exigir las responsabilidades de las Administraciones públicas y autoridades cuando así corresponda legalmente (artículo 13.f LPAC).

h) Derecho a utilizar las lenguas oficiales en el territorio de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el ordenamiento jurídico (artículo 13.c LPAC)⁹⁷⁹.

i) Derecho a la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas (artículo 13.h LPAC)

j) Derecho al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del ordenamiento jurídico (artículo 13.d LPAC).

Obviamente la regulación del ejercicio de dichos derechos guarda una inmediata relación con el procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas con los que se pueden llegar a solapar y confundir como después veremos.

En todo caso convendría distinguir dichos derechos de los que puedan corresponder al ciudadano como usuario de los servicios públicos. El usuario de un servicio público es el

⁹⁷⁹ Adaptamos la clasificación de EMBID IRUJO, Antonio. “El ciudadano y la Administración”. Madrid: INAP, 1994, p. 68-81, a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

beneficiario de la actividad de servicio, es decir, la persona que recibe directa e individualmente las prestaciones en qué consiste el servicio. Ello presupone la creación y estructuración de un servicio dado sin que los ciudadanos puedan obligar a la Administración a organizar y ejecutar el servicio en la forma que estimen más conveniente. El acceso al servicio público transforma al ciudadano en usuario efectivo del servicio. Pero las prestaciones que puede recibir el usuario del servicio, las modalidades de su atribución, su importancia son fijadas por la “ley” del servicio. La regulación de los derechos de los usuarios de los servicios tiene su fundamento último en la reglamentación del servicio, la cual determina la posición jurídica del usuario en el servicio, es decir, su derecho al servicio y sus derechos dentro del mismo. Dicha reglamentación presupone una definición de los sujetos que pueden resultar titulares del derecho a la prestación del servicio y de los requisitos objetivos de acceso al servicio, la definición de su objeto, es decir, de las prestaciones que se habrán de proporcionar a los usuarios, el pronunciamiento expreso sobre si les resulta obligatoria o no su percepción, la determinación de sus derechos y deberes dentro del servicio y el carácter gratuito o no del servicio mismo⁹⁸⁰.

El contenido fundamental de la situación de los usuarios se deriva directamente de su naturaleza objetiva de manera que los aspectos fundamentales de la misma tienen su origen en la reglamentación del servicio, la cual determina normalmente la posición jurídica del usuario frente al servicio y en el servicio. De hecho, en la doctrina clásica el servicio público prestado por el personal de la propia Administración, implica siempre un régimen estatutario que corre parejo al del funcionario afecto al mismo considerado a todos los efectos como un agente mismo de dicho servicio⁹⁸¹.

Hay que destacar asimismo la estrecha relación existente entre la potestad de organización y el servicio público. La potestad de organización puede conceptuarse también como una potestad mayor que se proyecta sobre el establecimiento, la determinación y el funcionamiento del servicio en el momento de su constitución, de la elección transcendental de la forma de gestión, y en relación con la prestación del servicio cuya configuración refiere, de un lado, al conjunto

⁹⁸⁰ Al respecto, MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luís. Los servicios públicos locales, *ob.cit.*, p. 218. También, MÍGUEZ MACHO, Luis. *Los servicios públicos y el régimen jurídico de sus usuarios*. Barcelona. CEDECS. 1999, p. 111-127. ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “Services publics et usagers des services dans l’Union Européenne». VV.AA. *Études en l’honneur de Gérard Timsit*. Bruxelles: Bruylant, 2004, p. 474-479, y TORNOS MAS, Joaquín; GALÁN GALÁN, Alfredo. *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005, p. 48-55

⁹⁸¹ ESCRIBANO COLLADO, Pedro. “El usuario ante los servicios público: precisiones acerca de su situación jurídica”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 82, 1977, p. 131-132.

de actuaciones técnicas que se prevén y, de otro, a las relaciones con los usuarios de las mismas⁹⁸².

Enmarcado de esta manera el posible ámbito de exclusión de la negociación colectiva lo primero que hay que advertir es que dichas cláusulas de exención del deber de negociar no suelen ser consideradas como títulos válidos para excluir la mencionada negociación. Su uso es poco frecuente y escaso.

De hecho, los derechos de los ciudadanos como título válido para configurar una materia que ha de quedar fuera de la negociación colectiva solo se ha invocado en supuestos muy determinados relacionados con el cómputo de términos y plazos, más concretamente con el derecho de los ciudadanos a presentar documentos en las oficinas públicas durante los días hábiles establecidos legalmente, derecho que se impide o se dificulta en función de un determinado tipo de jornada que permite a los funcionarios cubrir o no determinados tiempos de trabajo. De ahí que se acabe considerando que la fijación de una jornada concreta de trabajo o tipo horario implica el efecto último de declarar o considerar determinados días que las normas legales que regulan los procedimientos consideran hábiles como inhábiles, lo que comporta una lesión de los derechos de los ciudadanos que ven limitada su capacidad de presentación de documentos y, en última instancia, una modificación por vía de hecho de las normas legales sobre procedimiento administrativo excluidas por su propia naturaleza de la determinación negocial⁹⁸³.

Igual enjundia parece tener aquella posición que entiende que los acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de los empleados públicos no constituyen instrumentos normativos hábiles para establecer el régimen de retroactividad de los efectos de las actuaciones administrativas disponiendo sobre los efectos en tiempo pasado de una determinada adecuación retributiva, acuerdos que resulten inviables al contrariar las determinaciones que sobre esta cuestión contienen las leyes sobre procedimiento administrativo⁹⁸⁴.

En cambio, nos parecen discutibles algunos pronunciamientos que utilizan la excepción procedimental al margen del sentido último y la verdadera naturaleza de la decisión concernida.

⁹⁸² MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. Los servicios públicos locales, *ob.cit.*, p. 214-217.

⁹⁸³ Al respecto, las SSTs de 13 de octubre de 1994, ROJ: STS 6476; y de 15 de julio de 2008, RJ/2008/4422, un pronunciamiento este último que considera también que la negociación de determinadas materias que condicionan el trabajo en las oficinas judiciales afectan a los derechos fundamentales de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

⁹⁸⁴ Tal como puede verse en la SSTSJ del País Vasco de 2 de mayo de 2011, JUR/2011/301928, y de 14 de octubre de 2013, ROJ: STSJ PV 4001/2013.

Así ocurre, por ejemplo, cuando se considera que la elaboración de un procedimiento para la obtención de los índices de absentismo, la cuantificación de las ausencias y sus posibilidades de tratamiento, ha de quedar al margen de la negociación por centrarse en aspectos organizativos y procedimentales relacionados con una concreta materia de atención⁹⁸⁵. En la misma línea, hay que criticar aquella jurisprudencia que sostiene que la formación de determinadas disposiciones está exenta de negociación por considerar que queda excluida de la obligatoriedad de negociación el procedimiento de formación de las disposiciones administrativas, lo que podría llegar a reducir de una manera importante el ámbito de la negociación que consiste fundamentalmente en la negociación de los proyectos normativos, obviando que lo que se excluye de la negociación son las reglas sobre su formación pero no las disposiciones en sí mismas consideradas⁹⁸⁶.

La organización y la determinación del funcionamiento de un servicio, que implica fijar sus horarios, turnos, número de efectivos y posibilidades de sustitución, se demuestra un ejemplo para acreditar la posible identificación entre las potestades de organización del servicio y la fijación de sus necesidades de funcionamiento, y entre estas y la determinación de las condiciones de trabajo del personal del servicio⁹⁸⁷. Lógicamente, si se invocan las potestades de organización y su posible incidencia en las condiciones de trabajo de los funcionarios resulta evidente la necesidad de su negociación. En cambio, si la Administración se limita a aprobar unas normas de funcionamiento del servicio que resultan imprescindibles para sus destinatarios es evidente que la materia en cuestión queda fuera del ámbito de la negociación.

Lo cierto es que la distinción no resulta fácil y se acaba resolviendo por nuestra doctrina en base a una discutible aplicación del binomio abstracción/concreción, aduciendo que determinadas instrucciones o decisiones de la Administración no presuponen una reconsideración de las condiciones de trabajo sino simple determinación de las mismas en base a leyes, reglamentos y normas ya preexistentes, que no modifican las condiciones previas como

⁹⁸⁵ Tal como se decide en los fundamentos jurídicos de la STS de 22 de mayo de 2006, ROJ: STS 3150/2006, cuestión distinta es, como se advierte también en el razonamiento que acompaña el último de los planteamientos realizados, que se considere a dicho procedimiento un instrumento que no innova el ordenamiento jurídico por tratarse de una instrucción de carácter interno y organizativo.

⁹⁸⁶ Al respecto, la STSJ de Madrid de 8 de julio de 2009, ROJ: STSJ M 3686/2009.

⁹⁸⁷ La potestad para la organización de un determinado servicio público en función de las previsiones básicas dirigidas a hacer efectivo un determinado nivel de prestaciones con capacidad para la determinación cuantitativa de las horas de servicio y el régimen de sustituciones como un título autónomo respecto al de derechos y deberes propiamente funcionariales, parece estar en la base de las consideraciones competenciales contenidas en las STC 26/2016, de 18 de febrero, 54/2016, de 17 de marzo, 67/2016, de 14 de abril y 84/2016, de 28 de abril, tal como se advierte en FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. "El empleo público en tiempos de crisis". LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano; FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia. *Las reformas administrativas de la crisis*. Navarra: Aranzadi, 2017 p. 252-253.

pueden ser, por ejemplo, la jornada, horarios, calendario o distribución horario, sino que realizan una simple aplicación de las regulaciones generales aprobando las medidas necesarias para facilitar el funcionamiento del servicio, todo ello sin que en ningún momento se llegue a invocar la cláusula que exceptúa de la negociación las medidas administrativas que puedan adoptarse para facilitar el ejercicio de los derechos de los usuarios de un determinado servicio público⁹⁸⁸.

De la misma manera el principio de mutabilidad del servicio público autoriza a la Administración a alterar la naturaleza de la prestación del servicio para procurar la mejor atención posible a los usuarios del mismo⁹⁸⁹. Dichas alteraciones pueden llegar a incidir sobre los requisitos y condiciones del personal que los presta con el único límite del respeto a los derechos adquiridos, pero no a las meras expectativas, procurando en todo caso elegir la mejor de las soluciones posibles que salvaguarden los derechos de los usuarios de los servicios públicos. Sin embargo, tal como veíamos más arriba parece actuar aquí preferentemente la potestad de organización para establecer y hacer funcionar los servicios de la forma más correcta y eficaz posible, con lo que el título de excepción de la negociación que presupone la adopción de decisiones para la salvaguarda de los derechos de los usuarios de los servicios públicos queda absorbido por el ejercicio de las potestades administrativas de naturaleza organizativa que los han de disponer, lo que permite al juez administrativo una modulación de sus posibles opciones en torno a la compatibilidad entre potestad de organización y afección de las condiciones de trabajo de los funcionarios⁹⁹⁰.

En otro orden de consideraciones, conviene subrayar la importancia del principio de igualdad en las condiciones de acceso y prestación del servicio, que puede implicar una serie de afecciones reales a la negociación de un conjunto de condiciones de trabajo relacionadas con el régimen de las posibles ayudas sociales que se pueden conceder a los funcionarios en base a la concertación de determinados instrumentos colectivos. En ese sentido, se debe advertir de que la negociación colectiva no puede, ni debe, afectar a las condiciones generales de acceso a los

⁹⁸⁸ STSJ de Madrid de 29 de abril de 2015, ROJ: STS J M 3723/2015. La STSJ de Andalucía, Granada, de 10 de mayo de 2010, JUR/2011/139378, relaciona la jornada de trabajo de los funcionarios con el horario de necesaria atención al público que los servicios demandan y que sólo a la potestad de organización de la Administración corresponde establecer.

⁹⁸⁹ Como se sabe el principio de mutabilidad o de adaptación constante implica que la organización y el funcionamiento del servicio público ha de adaptarse a la evolución de las necesidades colectivas y el interés general, tanto en el tiempo (teniendo en cuenta el progreso tecnológico) como en el espacio (movimiento de las poblaciones) libremente apreciados por los poderes públicos, tal como se dice en LE MESTRE, Renan. *Droit du Service Public*. Paris: Gualino Éditeur, 2003, p. 161-162.

⁹⁹⁰ Tal como se puede ver en la STSJ de Castilla-La Mancha de 11 de diciembre de 2009, JUR/2010/69195, y en la STSJ de Murcia de 22 de julio de 2016, ROJ: STSJ MU 1778/2016.

servicios públicos otorgando a los funcionarios auténticos títulos de exención o preferencia que supongan una ruptura básica del principio esencial de igualdad. De la misma manera, el personal que presta determinados servicios públicos no puede quedar exceptuado de abonar las tasas o los precios públicos que hayan de satisfacerse o quedar al margen de la reglamentación del servicio, en base a su posición en la prestación del mismo, constituyendo al efecto una auténtica posición privilegiada que, además, cuando ha de ser modificada por imperativo de la misma organización del servicio, se quiere ver indemnizada⁹⁹¹.

En esa dirección conviene recordar la STC 90/1995, de 9 de junio, sobre la constitucionalidad del antiguo artículo 64 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, referido al derecho del arrendador a la interrupción de la prórroga legal en los contratos de las fincas arrendadas por pisos y la preferencia otorgada a los funcionarios en activo para el mantenimiento de su situación. Una preferencia que se quiere justificar en la necesidad de ciertas diferencias de trato a favor de los funcionarios como medida tendente a conseguir una eficacia en la prestación de los servicios, facilitando que el personal al servicio de las Administraciones públicas se encuentre en las mejores condiciones posibles incluso personales o familiares para hacer frente a sus deberes y obligaciones. Pues bien, dicho trato preferencial o de favor en beneficio del arrendatario funcionario frente a los demás arrendatarios que posean otra condición laboral o profesional, ya presten su actividad en el propio sector público o en el ámbito privado, se ha considerado que carece de una justificación objetiva y razonable creando una discriminación entre los diversos arrendatarios que tienen en común el mismo arrendador, basada exclusivamente en la condición o circunstancia de ser uno de ellos funcionario público, sin que tampoco satisfaga adecuadamente la finalidad social y protectora que es el fundamento último de la legislación de arrendamientos urbanos, por lo que se considera suficiente considerar derogado por la Constitución el mencionado precepto de la Ley de Arrendamientos Urbanos en cuanto a la preferencia que otorgaba a los funcionarios en activo por su radical incompatibilidad con el principio de igualdad y no discriminación contenido en el artículo 14 CE.

7. La determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo

A tenor del artículo 37.2.c) EBEP 2015 deberán quedar excluidas de la negociación la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo. Un precepto que resulta

⁹⁹¹ STSJ de Cataluña de 10 de julio de 1999, ROJ: STSJ CAT 6575/1999.

concordante con el artículo 13.4 EBEP 2015 en el cual se nos advierte de que la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva.

La razón última de esta exclusión se ha querido encontrar en la natural posición de la función directiva⁹⁹². Tal decisión se ha querido justificar por el hecho de que en el caso del personal directivo la relación orgánica predomina sobre la relación de servicio, con lo que el personal directivo se identifica con los órganos de gobierno de las Administraciones públicas porque o bien expresa su voluntad al exterior o bien porque contribuye a formarla⁹⁹³. Por lo tanto, late en el fondo último de estos planteamientos la idea de una función específica cuyo titular, ya sea a través de una atribución directa, delegada o de una forma más o menos implícita, asume determinados poderes de organización y dirección sobre el personal. La consecuencia inmediata derivada de esta situación es el posicionamiento en un extremo de la escala jerárquica de la organización y la asunción de determinadas facultades de representación y consiguiente actuación en nombre de los órganos que ostentan la jefatura de personal de una determinada entidad entre las que se encuentra la participación en determinadas negociaciones con los representantes de los empleados públicos.

Pero no se trata solo de eso. Lo que resulta característico de los trabajadores directivos en la empresa es el particular sistema de fuentes reguladoras de esta especial relación laboral. De hecho, el artículo 3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, articula un particular sistema de las fuentes que van a regir la relación laboral de alta dirección. En primer lugar, se dice que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de alta dirección se regularán por la voluntad de las partes, con sujeción a las normas de este Real Decreto y a las demás que sean de aplicación. Completando esta premisa inicial, se advierte de que en lo no regulado por esta norma especial o por pacto entre partes, se estará a lo dispuesto en la legislación civil o mercantil y a sus principios generales. Como cláusula de cierre se advierte que resultarán de aplicación las demás normas de la legislación laboral común, incluido el ET, pero solo en los casos en que se produzca una remisión expresa en ese Real Decreto, o así se haga constar específicamente en el contrato⁹⁹⁴.

⁹⁹² De hecho, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público, ya advirtió que podría darse la paradoja que el directivo negociará con los sindicatos en nombre de la Administración condiciones laborales que, al menos en parte, le van a ser aplicadas personalmente.

⁹⁹³ ROQUETA BUJ, Remedios. El derecho a la negociación colectiva, *ob.cit.*, p. 294.

⁹⁹⁴ DE VAL TENA, Ángel Luis. Los trabajadores directivos de la empresa, *ob.cit.*, p.157-159.

A la vista de lo expuesto, resulta evidente la marginación que sufre la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones de esta particular relación que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, la individualización de las condiciones de trabajo y la singularidad impuesta por la supletoriedad de las normas civiles y mercantiles y sus principios generales, cuya consecuencia inmediata será en línea de principio la inaplicación de la legislación de trabajo común y también de sus principios informadores⁹⁹⁵. Es más, en la doctrina laboral la exclusión de los convenios colectivos como fuente de determinación de los derechos y deberes del personal directivo es pacífica y no plantea grandes inconvenientes dado que el alto directivo por su propia naturaleza está llamado a quedar excluido de su ámbito subjetivo de aplicación⁹⁹⁶.

Por tanto, las condiciones de trabajo del personal directivo en el ámbito público y en el privado no se determinan a través de la negociación colectiva. Todo ello con independencia de que en el sector privado dichas condiciones se establezcan a través de la autonomía de la voluntad y en el sector público se determinen unilateralmente por la Administración aunque quepa dejar algún margen a la libertad de pactos⁹⁹⁷.

Cosa distinta es que el concepto de personal directivo no está del todo perfilado y acabado en el ámbito de la Administración local⁹⁹⁸. Conviven aquí conceptos como el contenido en la disposición adicional decimoquinta LRBRL, una norma que a los solos efectos de la aplicación del régimen de incompatibilidades y declaraciones de bienes del personal al servicio de las

⁹⁹⁵ Cuestión distinta es que no se haya de reconocer al personal directivo del sector privado su derecho a la negociación colectiva con independencia de su artificialidad a la vista del sistema de fuentes referenciado por resultar ser una derecho reconocido en el artículo 37.1 CE a todos los trabajadores laborales, tal como se advierte en DE VAL TENA, Ángel Luis. Los trabajadores directivos de la empresa, *ob.cit.*, p. 375-378.

⁹⁹⁶ MOLERO MANGLANO, Carlos. *El contrato de alta dirección*. Pamplona: Civitas, 2011, p. 261.

⁹⁹⁷ JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. La función directiva en el sector público español, *ob.cit.*, p. 222, advierte que al señalar el EBEP que las condiciones de trabajo no deberían ser objeto de negociación colectiva, se está optando por una determinación unilateral por parte de la propia Administración. BERMEJO LATRE, José Luis. “Las retribuciones del personal directivo en las Administraciones públicas”. En AA.VV. *El personal directivo en las Administraciones públicas*. Pamplona: Civitas, 2011, p. 144, dentro siempre del principio de legalidad, no descarta una cierta libertad de pactos para particularizar determinadas condiciones de trabajo como pueden ser las retributivas. BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “Un apunte sobre el desarrollo de la figura del directivo público profesional, en particular en el ámbito de la Administración Local”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús (Director). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 331-332, es de la opinión que las condiciones de trabajo del personal directivo se determinan por la ley o por la Administración unilateralmente en el marco de la ley, si el directivo es funcionario público, o en contrato de trabajo de alta dirección dentro de los límites establecidos por la Ley u otras normas, si es personal laboral, citando al efecto, el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades.

⁹⁹⁸ Al respecto las atinadas reflexiones de MAESO SECO, Luis. Función directiva y funcionarios con habilitación de carácter nacional: Algunas reflexiones al hilo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús (Director). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Navarra: Aranzadi, 2014, p. 343-348.

entidades locales, define al personal directivo como el titular de órganos que ejerzan funciones de gestión o ejecución de carácter superior, ajustándose a las directrices generales fijadas por el órgano de gobierno de las Corporaciones, adoptando al efecto las decisiones oportunas y disponiendo para ello de un margen de autonomía, con regímenes específicos de personal directivo para los municipios de gran población y las diputaciones provinciales en base a los artículos 32 bis y 130 LRBRL, y con la conservación de la figura del personal eventual para ocupar funciones directivas en las entidades locales⁹⁹⁹.

Pues bien, a partir de ahí podríamos avanzar desde la perspectiva estricta que nos ocupa abordando en particular la posible exclusión de la negociación de las condiciones de trabajo del personal directivo de las entidades supramunicipales y los municipios de gran población y la del personal eventual de las entidades locales que desempeña funciones directivas.

En cuanto a la primera de las cuestiones, resulta claro que el personal titular de los órganos directivos previstos en el correspondiente reglamento orgánico o en el artículo 130 LRBRL (coordinadores generales, directores generales, órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local, asesoría jurídica, secretario general del Pleno, interventor general municipal y órgano de gestión tributaria) posee una indudable naturaleza directiva. La duda se plantea con aquellos funcionarios de habilitación nacional que a todos los efectos son considerados también titulares de órganos directivos. Pues bien, la escasa doctrina existente en esta materia ha venido a confirmar que el desempeño por funcionarios con habilitación estatal de funciones directivas implica su consideración como personal directivo, lo que excluye la negociación como procedimiento para la determinación de sus condiciones de trabajo¹⁰⁰⁰.

La consideración del personal eventual como personal directivo a efectos de la exclusión de sus condiciones de trabajo de la negociación presenta muchas más aristas¹⁰⁰¹. Dicho personal solo

⁹⁹⁹ Sobre las posibilidades de pervivencia del personal eventual como personal directivo incluso después de la STC 156/2013, de 23 de setiembre, el trabajo de JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Anàlisi de la incidència de la LRSAL sobre el personal eventual que ocupa funcions directives en les entitats locals i ens del seu sector públic a Catalunya; identificació de problemes i articulació de recomanacions per afrontar el mandat 2015-2019*. Barcelona: Federació de Municipis de Catalunya, 2015, p. 1-16. Para una diferenciación del personal eventual de otros figuras como pueden ser los altos cargos y el personal directivo, GARRIDO CUENCA, Nuria María; DELGADO PIQUERAS, Francisco. "Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia". *Revista catalana de dret públic*. Nº 51, 2015, p. 1-33. En contra de la consideración del personal eventual como personal directivo, MAESO SECO, Luís. *Función directiva y funcionarios con habilitación*, *ob.cit.*, p. 380-381.

¹⁰⁰⁰ STSJ de Andalucía, Granada, de 28 de julio de 2014, ROJ: STSJ AND 6029/2014. A destacar que dicho pronunciamiento se mueve en un plano estrictamente funcional, es decir, de correspondencia de las tareas asignadas con el perfil funcional de la posición directiva.

¹⁰⁰¹ Aunque esta ha sido una opción avalada por algún sector doctrinal como un déficit de regulación en el actual EBEP, tal como se puede ver en BOLTAINA BOSCH, Xavier. *La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos locales*. Barcelona: Bayer. SA, 2010, p. 150.

realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento político, lo que acerca su posición orgánica a los órganos de gobierno estrictamente representativos con los que mantiene una relación de dependencia personal característica de su nombramiento y cese como se puede ver en el artículo 12 EBEP 2015.

En resumen, se trata de tareas de colaboración inmediata con quienes ostentan el poder político, en las que predominan las notas de afinidad y proximidad inherentes a una relación de confianza que las alejan de las relaciones profesionales propias del empleo público que se proyectan en las funciones normales de la Administración directamente conectadas con los principios constitucionales de objetividad y eficacia, por lo que podría llegarse a pensar que someter al personal eventual a la negociación colectiva es manifiestamente contrario a la propia naturaleza del mismo. De ahí puede llegar a pensarse que un personal eventual que solo ha de desempeñar puestos de confianza o asesoramiento especial no reservados a personal funcionario, y al que solo le será aplicable el régimen general de los funcionarios de carrera en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, no ha de tener derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo al ser su determinación y nombramiento ajenos a los principios profesionales por los que debe velar la negociación colectiva.

Sin embargo, a tenor del artículo 8.1.d) EBEP 2015, lo cierto es que el personal eventual se sigue considerando como una clase de empleado público, clase que no está excluida de la negociación colectiva como sí lo están los empleados públicos con contrato que se regirán por la legislación laboral tal como establece el artículo 32.1 EBEP 2015. En consecuencia, nuestra doctrina judicial entiende que las condiciones de trabajo del personal eventual no están excluidas de la negociación colectiva de los funcionarios, negociación que solo permite excepcionar de su ámbito al personal directivo tal como expresamente refiere el artículo 38.2.c) EBEP¹⁰⁰².

¹⁰⁰² SSTS de 23 de mayo de 2008, JUR/2008/186091, de 6 de octubre de 2008, RJ/2008/7481; y de 22 de octubre de 2012, ROJ: STS 6941/2012. En la misma dirección, la STSJ del País Vasco de 31 de enero de 2014, ROJ: SRSJ PV 1643/2014. De hecho, recogiendo su anterior denominación, la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de noviembre de 2014, ROJ: STSJ CL 3021/2014, considerada objeto de negociación las condiciones de trabajo de los “funcionarios” de empleo eventual.

8. Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica

8.1. Jerarquía administrativa y poderes de dirección y control sobre el personal

Se ha dicho, con acierto, que el poder jerárquico es un prisma de múltiples facetas, un poder compuesto y multiforme de difícil precisión del que la literatura jurídico-administrativa no nos proporciona una información suficiente y contrastada¹⁰⁰³. En todo caso, queremos distinguir desde un principio entre el poder jerárquico sobre los actos jurídicos y el poder jerárquico sobre las personas. A nuestro entender la jerarquía administrativa es un principio general de estructuración de las Administraciones públicas como personas jurídicas. El artículo 103.3 CE es claro al respecto. Son las Administraciones públicas las que actúan de acuerdo con el principio de jerarquía. De hecho, la jerarquía expresa las relaciones entre órganos de un mismo ente. La unidad entre los órganos de una misma Administración se consigue por la jerarquía. La función última del principio de jerarquía hay que buscarla pues en su inserción en la teoría de la persona jurídica, que supone una integración de intereses y voluntades. La jerarquía es el medio a través del cual se superan las complejidades internas de los distintos centros funcionales propios de una persona jurídica compleja y se consigue su comportamiento unitario¹⁰⁰⁴.

Por tanto, en puridad es el poder jerárquico una relación estrictamente objetiva entre órganos de una persona pública que solo afecta a dichos órganos pero no a los individuos que actúan como titulares de los mismos que a todos los efectos aparecen como personas jurídicas distintas. Desde una perspectiva funcional, la finalidad última de la jerarquía es la unificación de la voluntad de un ente público. Sencillamente, se trata de imponer la voluntad de un órgano superior a otro que consideramos inferior. En resumen, desde esta concepción, el principio de jerarquía poseería una única finalidad: la de asegurar la unidad de acción de la Administración de cara al exterior de la misma. Por tanto, el principio de jerarquía aludiría como se ha dicho a una relación entre órganos pero no entre las personas que los sirven, ya que su finalidad esencial sería la búsqueda de la eficacia y la coherencia de la actividad administrativa hacia el exterior, garantizada por la unidad de acción¹⁰⁰⁵.

¹⁰⁰³ NIETO, Alejandro. "La jerarquía administrativa". *Documentación Administrativa*. Nº 229, 1992, p. 11-12.

¹⁰⁰⁴ Tal como se afirma en CHAUVET, Clément. *Le pouvoir hiérarchique*, *ob.cit.* p. 113.

¹⁰⁰⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. "El principio constitucional de la jerarquía administrativa". En SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Director). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010. P. 736.

Para ello la autoridad jerárquica contaría con capacidades suficientes para dirigir los actos jurídicos de sus órganos subordinados, sustituirlos o controlarlos. Es decir, los órganos administrativos pueden dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio, tal como previene el artículo 6.1 LRJSP; pueden reformar o anular los actos de sus subordinados a través del recurso de alzada previsto en el artículo 121 LPAC; y, finalmente, pueden sustituir a sus órganos administrativos dependientes cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial así lo hagan conveniente a través de la avocación prevista en el artículo 10 LRJSP.

El poder jerárquico es eso, pero precisamente eso. De hecho, hay que distinguirlo del poder de dirección que no afecta a los órganos de una persona jurídica sino a los funcionarios que los sirven considerados como personas físicas¹⁰⁰⁶. Aquí resulta más conveniente hablar de poder de dirección entendido como una potestad interna que tiene su fundamento último en la incorporación al círculo rector de la Administración del funcionario y en una relación estricta de subordinación entre las personas que la sirven que corre pareja a la relación de servicio. Por tanto, cuando el poder jerárquico se considera compatible con una concepción más común que lo entiende como un modo específico de articulación de las relaciones de subordinación entre personas en un entorno organizativo dado, recurrimos entonces a la matización de este concepto para referirnos al poder jerárquico de dirección como una consecuencia de la relación de empleo entre la Administración y un funcionario público¹⁰⁰⁷. En pocas palabras, sobre la idea de la jerarquía de órganos se construye también la idea de jerarquía de los titulares de los mismos sobre los medios personales que tienen adscritos y se hace derivar un poder de dirección y control del superior sobre la actividad de gestión de sus subordinados, transfiriendo los poderes de la relación orgánica a la relación entre las personas¹⁰⁰⁸. A nuestro entender este es precisamente el concepto que se maneja en el artículo 38.2.d) EBEP 2015, un concepto que exige una operación de deslinde previo.

¹⁰⁰⁶ Para una exclusión clara de este tipo de relación de la tradicional jerarquía, CHAUVET, Clément. *Le pouvoir hiérarchique*, *ob.cit.* p. 133-135.

¹⁰⁰⁷ La reflexión en CHAUVET, Clément. *Le pouvoir hiérarchique*, *ob.cit.* p. 39-41; CAVALLO, Bruno. *Teoria e prassi della pubblica*, *ob.cit.* p. 355, se refiere a una “criptojerarquía” entre personas físicas nacida dentro del espacio interior de la organización y segregada de la posición dentro de un determinado órgano o unidad administrativa, propia de una prefectura necesitada de un poder interno sobre las personas integradas en una unidad constituidas al efecto como una comunidad de trabajo.

¹⁰⁰⁸ En una acertada expresión contenida en la STSJ de Cataluña de 2 de octubre de 2013, ROJ: STSJ CAT 10589/2013.

8.2. Poder de organización, poder de dirección y poder de control

El poder de organización se considera una situación activa de disposición prácticamente limitada a la dimensión estructural o institucional de la propia Administración pública. Como ya se ha dicho, dicho poder resulta ser la capacidad de creación, transformación y extinción de órganos y organismos públicos, su caracterización, estructuración interna y la correspondiente determinación de medios. El poder de organización se ejerce sobre las estructuras, es decir, sobre las formas jurídicas de la organización, pero no sobre su funcionamiento, es decir, sobre las relaciones subjetivas de los componentes y los miembros de las unidades y los órganos que procuran la ejecución de la actividad administrativa. En resumen: el poder de organización es un poder de creación del servicio pero no es un poder de funcionamiento del servicio.

En efecto, la doctrina laboral distingue entre el poder de organizar y el poder de dirigir. El poder de organizar es un poder previo a la constitución de la relación laboral derivado directamente de la libertad de empresa que faculta para disponer las estructuras, dimensionar las plantillas, elegir las modalidades y los sistemas de contratación pero que se puede distinguir perfectamente de los poderes empresariales de gestión de las relaciones de trabajo que tienen por objeto la conformación y la modelización de la prestación¹⁰⁰⁹.

De hecho, el poder de dirección nace con posterioridad al contrato, pues con anterioridad a este solo se ostenta una facultad organizativa, en el sentido de que el poder directivo es un poder laboral inscrito en el ordenamiento de trabajo, mientras que el poder organizativo tiene su título jurídico en la libertad de empresa reconocida constitucionalmente y se sitúa entre el ordenamiento mercantil y el ordenamiento laboral pero con capacidad suficiente para conformar una organización que sin duda va a tener un indudable influjo sobre la actividad de un grupo de personas, estructurado para la producción de bienes y servicios sobre la base de la existencia de un interés en el buen funcionamiento de la empresa como unidad productiva y en la complejidad de su propia gestión que ha de resolverse para fundamentar su utilidad¹⁰¹⁰.

¹⁰⁰⁹ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “El poder de dirección del empresario en las estructuras complejas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48, 2004, p. 135-136; distinguiendo entre “poderes de innovación organizativa” que preceden al contrato de trabajo y “poderes de gestión (patronal)” que tienen por objeto la administración de la prestación laboral, MORATO GARCÍA, Rosa María. Derecho de resistencia y ejercicio, *ob.cit.* p. 32-33.

¹⁰¹⁰ De ahí que se acabe encontrando el fundamento último del poder de dirección en la libertad de empresa relacionada con la facultad de organización y en la toma de consideración del contrato de trabajo como un presupuesto jurídico que faculta el ejercicio del mismo sobre personas concretas, tal como se expone en POQUET CATALÀ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Navarra: Aranzadi, 2013, p. 20-25.

El poder de organización es un poder general y abstracto que se proyecta sobre las formas jurídicas relacionadas con la organización de la empresa y su política de contratación. Poder sobre poder, el poder de organización no se ejerce directamente sobre el trabajo sino sobre la dirección de la empresa, sus grados, sus responsabilidades y sus políticas de personal. En cambio, el poder de dirección es un poder singular e individual proyectado sobre la conducta del trabajador y sobre el contenido de su prestación. Se trata de distinguir dos vertientes, o si se quiere, dos escenarios de la particular posición de poder que ocupa el empresario en las relaciones laborales: una organizativa-general y otra contractual-individual¹⁰¹¹. Y en este sentido, es el vínculo jurídico contractual el que puede acabar determinando el contenido, alcance, naturaleza y límites del poder de dirección del empresario. De ahí que pueda distinguirse entre la capacidad del empresario para organizar la actividad productiva y la capacidad del empresario para concretar y configurar las singulares prestaciones de trabajo¹⁰¹².

Finalmente, el poder de organización es un poder de creación y definición de políticas sobre las estructuras, los medios y los sistemas de organización del trabajo, mientras que el poder de dirección en sentido estricto es un poder de delimitación, conformación, modelización y adaptación de la prestación laboral que toma como referente la posición concreta y determinada de una relación de empleo al margen de su significación colectiva. De hecho, el poder de dirección es una potestad que tiene como finalidad última la concreción individual o grupal del servicio debido y el modo, lugar y tiempo de la prestación¹⁰¹³.

De la misma manera debemos distinguir el poder de dirección de la potestad de control. En el ámbito del contrato de trabajo no se pone en duda que el acreedor de una prestación de desarrollo continuo debe tener el derecho de controlar la ejecución de la actividad que lo integra. Desde este punto de vista, presenta plena virtualidad la caracterización del control como facultad de emplear los medios necesarios para comprobar que el trabajador cumple con sus obligaciones y posteriormente evaluar los resultados últimos de la prestación. A la hora de

¹⁰¹¹ ROMÁN, María Dolores. Poder de dirección y contrato, *ob.cit.* p. 93, se referirá a la necesidad de diferenciar dos niveles de actuación empresarial: uno a nivel organizativo y otro visto desde el interior de la estructura y dogmática contractual; la misma distinción en MONTROYA MELGAR, Alfredo. “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”. En PÉREZ DE LOS COBOS (Director). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 155-160.

¹⁰¹² MORATO GARCÍA, Rosa María. Derecho de resistencia y ejercicio, *ob.cit.* p. 26-30.

¹⁰¹³ ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato de trabajo. *ob.cit.*, p. 96-109, señalará que el poder de dirección en función de las exigencias organizativas, actúa sobre la prestación laboral en función de dos tipos de poderes: los de especificación del trabajo pactado y los derechos o facultades de variación sobre aquel, advirtiendo de que las primeras vienen a constituir el ámbito del ejercicio natural del poder de dirección, mientras que las segundas actúan a través de cambios extraordinarios, de aquí que acabe entendiendo que el ámbito propio y específico del poder de dirección resulte ser la especificación del trabajo convenido.

analizar el poder de control que puede ejercerse respecto del trabajador conviene distinguir entre dos situaciones que no siempre se tienen en cuenta, como pueden ser si el control se ejerce de una forma ordinaria, o si, por el contrario, se trata de una vigilancia de carácter claramente fiscalizador que se adopta de forma extraordinaria para verificar si son ciertos o no determinados indicios de incumplimiento de las obligaciones laborales de un trabajador concreto, lo que constituye sin duda una especificación del natural poder de control que se puede denominar poder de vigilancia¹⁰¹⁴.

En consecuencia, la doctrina laboral resulta coincidente en indicar que la actividad de control empresarial, aunque dotada de un cierto grado de autonomía propia, parece situarse como un complemento de otros poderes empresariales a los que efectivamente sirve como instrumento, y en particular, como un verdadero apéndice del poder de dirección¹⁰¹⁵.

Con todo, puede existir perfectamente una concepción segregada de las facultades de control y vigilancia empresarial siempre que se acepte que su ámbito de actuación resulta ser el mismo que el del poder de dirección, es decir, la relación laboral, y se resalte la íntima relación existente entre ambas facultades siendo la de vigilancia y control un apoyo último del poder directivo¹⁰¹⁶.

8.3. Contenido e instrumentos del poder de dirección y control

Se ha dicho que el poder de dirección comprende el conjunto de facultades que el ordenamiento laboral ofrece al empresario para que este ordene y modalice la prestación laboral según la finalidad organizativa prevista. De hecho, se sostiene que este poder, junto con el poder de vigilancia y control, el *ius variandi* y el poder disciplinario, comprende el conjunto de poderes

¹⁰¹⁴ Hay que señalar la distinción existente en nuestra doctrina laboral entre facultades de control y vigilancia. El control se refiere al cotejo, verificación o comprobación de la actividad desarrollada en función del esquema diseñado o del propiamente considerado más idóneo para la obtención de un óptimo rendimiento. En cambio, la actividad de vigilancia alimenta una idea diferente que se sustenta en una mayor y más constante atención a la ejecución de la prestación, y en el fortalecimiento de los elementos comunes de vigilancia contrastables en cualquier relación, lo que hace sin duda del poder de control una facultad mucho más intensa, penetrante, continua y minuciosa. La distinción en GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas, 1988, p. 110-111. La distinción de una forma más clara y específica en FABREGAT MONFORT, Gemma. *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*. Albacete: Bomarzo, 2016, p. 21-23.

¹⁰¹⁵ MARTÍNEZ FONS, Daniel. El poder de control del empresario en la relación laboral. Madrid: CES, 2002, p. 27-28.

¹⁰¹⁶ La concepción de una facultad diferenciada y específica de control que puede ir más allá afectando a la esfera privada del trabajador no referida a su deuda de trabajo sino a su conducta propia se rechaza en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luís Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Navarra: Aranzadi, 2003, p. 20-21.

que combinados permiten articular la iniciativa económica de la empresa en sus relaciones internas atendiendo a los intereses de los que la han puesto en marcha¹⁰¹⁷.

De cualquier forma, conviene determinar a nuestros efectos cuál es el contenido del poder de dirección, es decir, qué facultades comprende exactamente siempre desde la perspectiva estricta de la doctrina laboral. Un aspecto en el que se coincide es que este poder es muy amplio, pero ya hemos intentado distinguir el poder de organización vinculado a la misma libertad de empresa del poder de dirección que se inserta en el plano estricto del contrato laboral aplicando exclusivamente las normas de su ordenamiento. De la misma manera hemos dicho que el poder de vigilancia y control resulta ser una facultad ancilar del poder directivo aunque a efectos de conceptualización y análisis pueda procederse a su estudio de una forma autónoma o escindida.

Un determinado sector de la doctrina laboral sostiene que el verdadero *ius variandi* no forma parte del poder directivo¹⁰¹⁸. Con dicha facultad se pueden introducir cambios sustanciales en la prestación debida, siendo justamente en este aspecto donde se separa el poder de variación del empresario que se nos aparece como una facultad restringida exclusivamente a hacer frente de las necesidades organizativas ordinarias, sin poder modificar el contenido pactado de la prestación¹⁰¹⁹.

Otras visiones más modernas entienden que el *ius variandi*, en sí mismo considerado, podría configurarse como un poder de dirección extraordinario otorgado al empresario para modificar condiciones de trabajo con las causas previstas legalmente. Por tanto, el empresario dispondría de una facultad para poder decidir, en base siempre a una serie de condiciones, cambios en las funciones que realizan los trabajadores, traslados y desplazamientos y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo¹⁰²⁰.

De la misma manera conviene distinguir el poder de dirección y control del poder disciplinario definido como el conjunto de facultades derivadas del contrato que posibilitan al empresario

¹⁰¹⁷ POQUET CATALÁ, Raquel. El actual poder de dirección, *ob.cit.* p. 27-28. FABREGAT MONFORT, Gemma. Nuevas perspectivas del poder de dirección y control, *ob.cit.*, p. 17, nos dirá que el poder de dirección del que dispone el empleador como titular de una empresa en base al artículo 38 CE, debe ser entendido desde una perspectiva generalista, inclusiva, a su vez, de tres manifestaciones distintas: 1) el poder de dirección ordinario o poder de dirección en sentido estricto; 2) el *ius variandi* empresarial; y 3) el poder de vigilancia, control y sanción al trabajador,

¹⁰¹⁸ La idea de un *ius variandi*, único existente, separado del poder de dirección empresarial, en base siempre a variaciones esenciales en las condiciones de trabajo, se formula ya en CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Las modificaciones en la prestación de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983, p. 88-90.

¹⁰¹⁹ POQUET CATALÁ, Raquel. El actual poder de dirección, *ob.cit.* p. 29.

¹⁰²⁰ La exposición de esta tesis en HERRAINZ MARTIN, M^a Sol. “La adaptación de condiciones de trabajo y sus límites”. *Relaciones Laborales*. N^o 4, 2014, p. 2.

imponer sanciones como reacción frente al incumplimiento de las obligaciones asumidas por los trabajadores en el seno de la relación laboral¹⁰²¹. En todo caso, el poder disciplinario es un poder concreto y separado del resto de facultades empresariales que el ordenamiento reconoce al empresario en los artículos 54 ET y 58 ET para aplicar y ejecutar unilateralmente el despido y las sanciones disciplinarias en defensa de un interés propio.

De hecho, las opiniones más solventes consideran las facultades disciplinarias como un poder con autonomía propia separado del de dirección aunque ligado al mismo, pudiendo sostenerse que forman las dos caras de una misma moneda, pero cada una con una caracterización específica, régimen jurídico diferente, y problemática propia dotada de sustantividad y autonomía¹⁰²².

En consecuencia podemos afirmar que el poder de dirección del empresario comprende principalmente la facultad de dictar instrucciones y órdenes generales y específicas sobre la organización y el funcionamiento de la empresa, y sobre la ejecución de la prestación laboral en esta. Dicho poder de instrucción hay que separarlo de lo que podríamos llamar poder de policía empresarial, cuyo fundamento se halla en la existencia de una organización cuya integridad y orden interno han de ser protegidos, constituyendo una facultad específica que se dirige a preservar el patrimonio, la integridad física y la salud de los propios integrantes de la organización y de terceros relacionados con su actividad, con lo que no forma parte del poder de dirección sino que deriva del necesario cumplimiento de deberes objetivos impuestos por las leyes¹⁰²³.

Con todo, el contenido esencial del poder de dirección resultaría ser la determinación y adaptación de la prestación laboral. Es decir, la determinación de las funciones, el lugar y el tiempo de trabajo propio de la prestación laboral¹⁰²⁴. Por tanto, la facultad de poder decidir ampliaciones o cambios en las funciones sin que se produzca una modificación sustancial de condiciones laborales, ordenando el trabajo y exigiendo al trabajador diversas tareas y actividades se consideraría un ejercicio legítimo del poder de dirección. Entrarían también dentro de dicho poder la determinación del centro o lugar donde deben cumplirse los derechos

¹⁰²¹ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda. *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas, 1991, p. 68. Otras teorizaciones sitúan el origen último del poder disciplinario en una especial habilitación en la ley y el convenio colectivo, como fuentes de integración del contenido del contrato, tal como se puede ver en GIL y GIL, José. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993, p. 49-55.

¹⁰²² POQUET CATALÁ, Raquel. El actual poder de dirección, *ob.cit.* p. 32.

¹⁰²³ POQUET CATALÁ, Raquel. El actual poder de dirección, *ob.cit.* p. 31.

¹⁰²⁴ Un estudio detallado del ámbito funcional del poder de dirección en ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato, *ob.cit.* p. 141-252.

o ejercitarse las obligaciones de trabajo siempre que ello no provoque un cambio de residencia del trabajador. De la misma manera, ubicaríamos dentro de dicha facultad la especificación temporal de la prestación de trabajo, la dimensión más cualitativa del tiempo de trabajo, es decir, su distribución y disponibilidad en los márgenes fijados por la ley y el convenio colectivo.

Habría que considerar también como pertenecientes al poder de dirección todas aquellas modificaciones de carácter accidental y no esencial que pudieran incidir en las condiciones de trabajo de una forma puntual o transitoria. Dicha interpretación acabaría por acreditar aquella tesis por la que se defiende que en el poder de dirección hay que integrar dos tipos de facultades: las de especificación del trabajo pactado y las facultades de variación “débiles” sobre aquél¹⁰²⁵.

De la misma manera, parece conveniente recordar que, a tenor del artículo 41 ET, pueden modificarse ahora las condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o que se pudieran disfrutar por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario, siempre que por el número de trabajadores afectados no puedan llegar a considerarse modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, con lo que las llamadas modificaciones individuales se han de atribuir ahora a nuestro parecer al ámbito del poder unilateral de los distintos empresarios por no ofrecer diferencias sustanciales y por ende de régimen jurídico con las directamente especificativas. En todo caso, la diferencia podría seguir encontrándose aquí en la exigencia de causalidad. Es decir, el artículo 41 ET, permite adoptar estas decisiones cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de la producción que se consideren relacionadas con la competitividad, la productividad o la organización técnica o del trabajo de la empresa, causas ciertamente ambiguas y que han reducido al mínimo su función, limitando hasta el punto que se permite, a efectos prácticos, que se produzca una modificación sin causa, aunque lógicamente a efectos formales puede seguirse manteniendo su distinción de un poder de dirección cuyo ejercicio no necesita dar una explicación fundada en causas determinadas en el momento de su ejercicio¹⁰²⁶.

Para terminar, no estará de más advertir de que el poder de dirección del empresario puede proyectarse también sobre la entera organización en forma de “instauración” de una serie de creencias, valores y hábitos que presuponen una reconstrucción del esquema tradicional de deberes derivados del contrato de trabajo, incorporando a grandes rasgos nuevas obligaciones

¹⁰²⁵ HERRAINZ MARTIN, M^a Sol. La adaptación de condiciones de trabajo, *ob.cit.* p. 4.

¹⁰²⁶ Sobre la distinción entre el poder de adaptación empresarial y el *ius variandi* en torno a la existencia y acreditación de causas concretas, ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato, *ob.cit.* p. 108; Sobre la descausalización de las modificaciones unilaterales de condiciones de trabajo, TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario*. Madrid: El Derecho, 2012, p. 20-25.

de conducta de carácter ético que modalizan la prestación laboral y protegen los intereses de la empresa. Dichas creencias y su declaración dependen de la voluntad de la empresa que las enuncia y se asumen en el marco del poder de dirección del empresario en base a las exigencias derivadas del principio de buena fe en la aplicación del contrato, resultando evidente que la mayor parte de estas declaraciones han de plantearse como una manifestación básicamente de dicha libertad, pero de forma más específica, y en relación con la materia laboral, del propio poder de dirección o, en otras palabras, de la capacidad de especificar la prestación laboral y de ordenar el conjunto de deberes de conducta y comportamiento que se desarrollan en el ámbito de la relación laboral y dentro de la empresa¹⁰²⁷.

En la actualidad, los códigos de conducta se convierten en un conjunto sistemático de reglas elaboradas por el empresario –con o sin participación de los trabajadores- dictadas para ordenar internamente la empresa, sin la fuerza vinculante que puede atribuirse al convenio colectivo, ya que en la gran mayoría de los casos los códigos de conducta son documentos de carácter unilateral cuyo contenido puede utilizarse para apoyar determinadas decisiones empresariales pero no puede utilizarse para innovar el sistema de relaciones laborales vigente en una determinada organización¹⁰²⁸.

Lo dicho hasta aquí supone que el poder de dirección estrictamente considerado puede extender a los aspectos siguientes:

- a) Al dictado de instrucciones y órdenes para la ejecución y el cumplimiento de la actividad laboral.
- b) A la determinación de funciones, lugares y tiempos de la prestación laboral.
- c) A la adaptación de condiciones de trabajo de carácter accidental y no esencial.
- d) A las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter individual o grupal.
- e) A la concreción de una “cultura” del servicio imponiendo condiciones de conducta a las personas que colaboran en la actividad empresarial.

En otro orden de consideraciones, cabe señalar que el control tiene su propia razón de ser en asegurar la efectividad del resto de poderes empresariales, pero resulta preciso diferenciar dicha

¹⁰²⁷ CALVO GALLEGU, Francisco Javier. *Códigos éticos y derechos de los trabajadores*. Albacete: Bomarzo, 2008, p. 68.

¹⁰²⁸ CAMÓS VICTORIA, Ignacio. “Despido disciplinario e incumplimiento del Código de Conducta de la empresa. Comentario a la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha, de 9 de febrero de 2017 (Rec. Núm. 1697/2016)”. *IUSLabor*. Núm. 2, 2017, p. 1-15.

capacidad del ejercicio de las distintas facultades en las que eventualmente pueden llegar a integrarse los resultados del control. Sencillamente, la actividad de control conduce a la obtención de la información que resulta ser un precedente de los actos concretos que en base a dicha información se proyectan sobre la posición subjetiva del trabajador en la relación de trabajo¹⁰²⁹.

Sobre esta premisa, la determinación de ciertas manifestaciones de la actividad de control dotadas de autonomía propia requerirá, más que discutir su fuente de legitimación y atribución, lograr una particular caracterización de la misma en base a su objeto, medios utilizados y a las distintas medidas que pueden ser adoptadas.

En todo caso, la actividad de control exige como presupuesto la observación de la actividad del trabajador o aquello que podría llamarse comprobación o, con mayor precisión, indagación del comportamiento laboral. En este sentido puede afirmarse que la actividad de control integra necesariamente una observación y comprobación del comportamiento del trabajador. Es decir, su objeto resulta ser la observación de aquel comportamiento. Dicha actividad de averiguación aparece inevitablemente relacionada con un medio de control y unas medidas de vigilancia para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales. Desde este punto de vista, la determinación del espacio del ejercicio del poder de control será el resultante del objeto perseguido con el acto de indagación y el medio empleado en función del sacrificio exigido a los derechos del trabajador y de la satisfacción del interés que persigue la actividad de control. Es esta la dimensión que normalmente prevalece en la delimitación jurídica del contenido y los contornos del poder de control¹⁰³⁰.

Por tanto, la aproximación metodológica que mejor explica la actividad de control es aquella que relaciona el objeto o la finalidad del control con los medios dispuestos para realizar la actividad de comprobación. Es decir, el criterio que mejor permite aproximarse al poder de control es que deriva de la conexión del medio empleado con el objeto del control en la medida en que permite agrupar procedimientos técnicamente similares y sitúa sobre el mismo plano los diversos métodos de control que se pueden llegar a aplicar sobre el mismo objeto¹⁰³¹.

Con todo, aunque el planteamiento indicado resulta ser sustancialmente correcto, nuestra doctrina laboral, heredera en este aspecto de las propuestas italianas, sigue disponiendo el

¹⁰²⁹ MARTÍNEZ FONS, Daniel. El poder de control del empresario, *ob.cit.* p. 42-43.

¹⁰³⁰ MARTÍNEZ FONS, Daniel. El poder de control del empresario, *ob.cit.* p. 47-49

¹⁰³¹ MARTÍNEZ FONS, Daniel. El poder de control del empresario, *ob.cit.* p. 63-65.

análisis de la actividad de control empresarial arrancando de los medios dispuestos por el empleador para realizar la actividad de control empresarial, de manera que el contenido de dicha actividad se acaba remitiendo a un análisis de los medios utilizados y de los posibles límites de empleo que se refiere en tornos a los ejes siguientes: 1) control a través de medios audiovisuales, electrónicos e informáticos sobre las actividades de los trabajadores; 2) control a través de intervenciones sobre la persona del trabajador, sus efectos y sus espacios reservados o exclusivos en el centro de trabajo; y 3) control a través de reconocimientos personales de los aspectos físicos y psicológicos del trabajador;

Más allá de esta clasificación medial puede intentarse alguna otra tipificación que tenga más en cuenta el objeto del control, y sobre todo su finalidad, como puede ser la siguiente: 1) adopción de medidas de control en garantía de la integridad y tutela del propio patrimonio empresarial; 2) adopción de medidas de control con la finalidad de descubrir ilícitos contractuales y conductas fraudulentas; 3) adopción de medidas de control dirigidas a verificar el cumplimiento de la prestación principal del trabajador; 4) adopción de medidas de control sobre útiles y herramientas de trabajo y sobre otros efectos de la empresa destinados a la actividad laboral; 5) adopción de controles en defensa de derechos o bienes constitucionalmente protegidos; 6) Adopción de medidas de vigilancia del estado de salud del trabajador para controlar sus faltas de asistencia al trabajo; 7) Adopción de medidas de control sobre la apariencia física, la estética y la conducta personal del trabajador en el contexto de la relación laboral; y 8) Recogida y verificación de información útil para la evaluación del desempeño, la acreditación de la profesionalidad o la formación del trabajador.

Esta línea de razonamiento puede revelarse como importante si se quieren delimitar conceptualmente las facultades de control y vigilancia de otras que se pueden llegar a constituir en instrumentos necesarios de las mismas.

Es evidente, pues, que medidas de control dirigidas a comprobar conductas ilícitas pueden encontrar una mejor inserción en el poder disciplinario al constituirse en instrumentos necesarios del mismo. De la misma manera determinadas facultades de control relacionadas con la protección del patrimonio, la vida, la integridad física y la salud del propio empresario, de los trabajadores y de terceros, tienen una mejor acogida en el llamado poder de policía empresarial.

De hecho, no todas las medidas de control desarrolladas por la empresa responden a una actividad autónoma de los poderes empresariales. En ocasiones son consecuencia del

cumplimiento de deberes legales que se imponen directamente por la ley o que se derivan directamente de la obligada persecución de delitos o de la evitación de conductas que perjudiquen a terceros y de los que resultaría el empresario responsable en cuanto titular de una organización que ha de asegurar el orden interno y la integridad de todos sus miembros¹⁰³².

De ahí que en puridad el llamado control empresarial pueda ser más reducido y limitarse a los aspectos siguientes: 1) control sobre la ejecución de la actividad laboral y el cumplimiento de las directrices, órdenes y políticas de la empresa; 2) control del cumplimiento de la prestación prestando una especial atención a los tiempos y horarios de trabajo; 3) control sobre el aspecto estético y la indumentaria del trabajador; 4) control de los espacios y medios empresariales puestos a disposición y utilizados por el trabajador; 5) control del estado de enfermedad o accidente del trabajador; 6) evaluación del desempeño, el rendimiento, la profesionalidad y el estado de formación del trabajador.

Es más, si quisiéramos simplificar hasta el límite el contenido del poder de vigilancia y control acabaríamos afirmando que dichas facultades se proyectan principalmente sobre la ejecución, cumplimiento y desempeño de la actividad laboral, la persona del trabajador y los medios empresariales puestos a disposición de los trabajadores.

8.4. El tratamiento legal del poder de dirección y control. Irrenunciabilidad y límites convencionales

La facultad de dirección y control que ostenta el empresario no es omnímoda e ilimitada sino que se ha de fundamentar en el ordenamiento jurídico y respetar la esfera privada del trabajador sin que pueda admitirse la arbitrariedad, el abuso de derecho o la mala fe en el ejercicio de las distintas facultades que lo conforman, todo ello sin olvidar la importante función de los principios generales del derecho que al actuar como informadores del ordenamiento laboral contribuyen a delimitar el poder de dirección empresarial¹⁰³³.

Cuestión distinta es la intervención que puedan tener los representantes de los trabajadores en el ejercicio de dichas facultades empresariales entendidas como poderes discrecionales y, más concretamente, el papel conformador de las mismas que pueda adoptar la negociación colectiva.

¹⁰³² La reflexión en FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luís Antonio. Las facultades empresariales de control, *ob.cit.* p. 26-28.

¹⁰³³ POQUET CATALÁ, Raquel. “El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario”. *IUSLabor*. Nº 3, 2014, p. 10-11.

Desde una perspectiva legal, una sistematización lógica de los poderes empresariales ha de partir del artículo 1.1 ET que considera trabajadores a las personas que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y “dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”.

A partir de ahí la subordinación que conlleva el contrato se define por referencia a la prestación del trabajo dentro del ámbito organizativo del empresario. Por tanto, el trabajador presta un servicio en la organización de otro, que puede organizar, dirigir y controlar su propia actividad en el seno de una unidad económica pensada para la satisfacción de los propios intereses y para lo cual se organiza en base a un criterio de eficacia y de forma jerárquica¹⁰³⁴.

El carácter jerárquico de la empresa como organización tiene como consecuencia la obligación de realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue, tal como prevé el artículo 20.1 ET. Obviamente, la dependencia entendida como la posición en que queda una persona que tiene que integrar su trabajo en el ámbito organizativo de otra obliga a cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas de acuerdo con el artículo 5.c) ET. Es más, obliga a cumplir la obligación de trabajar asumida en el contrato de buena fe, prestando la diligencia y la colaboración debida que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por el empresario en el ejercicio regular de sus facultades de dirección en los términos que utiliza el artículo 20.2 ET.

El poder de dirección del empresario se manifiesta también en la movilidad funcional ordinaria y extraordinaria que prevé el artículo 39 ET. Dicho precepto permite la asignación de funciones delimitadas por el grupo profesional, de acuerdo con las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador. El mismo precepto atribuye al empresario una facultad de movilidad funcional extraordinaria, en virtud de la cual puede atribuir al trabajador funciones, tanto superiores como inferiores, no correspondientes a su grupo profesional si existen razones técnicas u organizativas que la justifiquen y por el tiempo imprescindible para su atención.

A su vez, el artículo 40.1 ET permite el traslado de trabajadores a centros de trabajo distintos de la misma empresa que no exijan cambios de residencia. El mismo precepto autoriza traslados que impliquen cambios de residencia siempre que no puedan ser considerados colectivos y justificados en razones económicas, técnicas, organizativas o de producción como pueden ser

¹⁰³⁴ ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato*, ob.cit. p. 61-63.

las medidas previstas por razones relacionadas con la competitividad, la productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

En la misma dirección, el artículo 34.2 ET señala que, en defecto de convenio o acuerdo colectivo, la empresa podrá establecer la distribución irregular a lo largo del año del diez por ciento de la jornada de trabajo.

El poder de dirección empresarial puede también modificar de una forma no sustancial las condiciones de trabajo establecidas en el artículo 41.1 ET. Puede también proceder a modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter individual reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos, o disfrutadas por estos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, tal como prevé el artículo 41.2 ET.

El poder de control se fundamenta en el artículo 20 ET y tiene como un corolario concreto el artículo 18 ET. El artículo 20.3 ET es el más específico en este campo, señalando que el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad personal. De forma más específica, el artículo 20.4 ET, determina que el empresario podrá verificar el estado de salud del trabajador que sea alegado por este para justificar sus faltas de asistencia al trabajo, mediante reconocimiento a cargo de personal médico. Igual de concreta es la previsión del artículo 18 ET que permite al empresario realizar registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo, respetando al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y contando para ello con la asistencia de un representante legal de los trabajadores.

Obviamente, las facultades empresariales así definidas pueden considerarse como facultades discrecionales expresamente afectadas a una finalidad que se trata de satisfacer con su ejercicio como puede ser la de la adaptación de los recursos humanos de una empresa las necesidades de la misma en aras a conseguir su mayor productividad y competitividad. Existe así una discrecionalidad de gestión o un espacio jurídico de libertad de elección empresarial que en todo caso no puede ser ejercido arbitraria o irracionalmente y que está dirigido a la consecución de un fin como puede ser la permanencia y cobertura de las necesidades productivas de la organización que le permita la obtención de unos resultados óptimos con pleno respeto a los

derechos fundamentales y a la dignidad debida a la persona del trabajador, a seguridad y salud, y al principio de buena fe que ha de impregnar todas las relaciones contractuales¹⁰³⁵.

Más aún, aunque el poder de dirección y control del empresario es un poder unilateral, nada parece impedir su delimitación y procedimentalización por la negociación colectiva. En la doctrina laboral se mantiene que, aunque el núcleo básico del poder de dirección es indisponible y no alcanzable por la norma convencional, dicho poder de dirección puede venir condicionado pero no restringido por la autonomía colectiva¹⁰³⁶. Por tanto, se admite que el convenio colectivo puede limitar las facultades empresariales mediante la imposición de obligaciones sustanciales que condicionen su ejercicio o que lo impidan más allá de ciertos límites o mediante la interposición de obligaciones procedimentales que subordinen el ejercicio del poder de dirección al seguimiento de un procedimiento predeterminado que, muy a menudo, requiere la participación del sindicato¹⁰³⁷.

De forma más concreta, se advierte que el artículo 64.5.f) ET asevera que el comité de empresa tendrá derecho a emitir informe, con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones que se vayan a adoptar por este sobre la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo, lo que ha de permitir una verdadera interlocución con los representantes unitarios de los trabajadores en la adopción de aquellas políticas y medidas que presenten unas ciertas características de estabilidad.

De la misma manera, la presencia del representante de los trabajadores en la aplicación de los registros sobre las personas o espacios privados del trabajador puede ser objeto de una interpretación extensiva y aplicarse a todas aquellas situaciones en las que pueda estar en juego la intimidad o la dignidad del trabajador desde la lógica estricta de la tutela y asistencia individual del representante a la persona del trabajador¹⁰³⁸.

¹⁰³⁵ Al respecto, LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Bosch Editor, 1999, p. 92-133.

¹⁰³⁶ BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. “Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 147, 2010, p. 646-648.

¹⁰³⁷ MASTINU, Enrico Maria. “La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario”. *Relaciones Laborales*. Núm. 19, 2005, p. 1-10.

¹⁰³⁸ En esta dirección, MARTÍNEZ FONS, Daniel. El poder de control del empresario, *ob.cit.* p. 59-63.

8.5. El poder de dirección y control en el sistema de función pública

A nuestro juicio la fundamentación última del poder de dirección laboral y del poder de dirección administrativo es la misma: el correcto funcionamiento de la organización, su adaptación a las necesidades de servicio y la consecución de un nivel óptimo de eficacia que permita su máxima productividad. El poder de dirección se erige como un presupuesto técnico y funcional imprescindible para la organización de una serie de actividades. Desde esta perspectiva resulta indiscutible que la Administración, ha de tener la capacidad para dirigir y gestionar el personal a su servicio. Sencillamente, el poder de dirección es un conjunto de potestades o facultades que permite el mantenimiento del buen funcionamiento de la organización administrativa y su adaptación con la finalidad última del alcanzar el máximo de eficacia en su gestión de servicio al interés general.

De hecho, las Administraciones públicas como organizaciones tienen las mismas exigencias funcionales que las organizaciones de mercado. Y la función pública es también un trabajo subordinado que se inserta en el ámbito organizativo de una Administración que permanece ajena a la persona del funcionario y sobre la que este no tiene ningún poder jurídico de disposición¹⁰³⁹.

El funcionario que presta sus servicios en una organización pública no puede organizar, dirigir o controlar su propia actividad en una estructura que se dispone de una forma jerárquica. La jerarquía también se manifiesta en el interior de las unidades o de los órganos de la Administración, entre la persona titular de los mismos y los funcionarios que desempeñan las dotaciones de sus puestos de trabajo. El elemento personal del principio jerárquico parece imprescindible desde el momento mismo en que una jerarquía no personalizada resulta ser inapropiada como fórmula organizativa de estructuración interna. La jerarquía aquí no es solo un principio de organización sino también un principio de funcionamiento de la organización. En todo caso, empresa y Administración constituyen grupos humanos organizados, confrontados a los mismos problemas de estructuración interna, para cuya solución el número de respuestas no es infinito, de ahí la similitud y homogeneidad de los principios y las lógicas en la asimilación de los poderes internos. De hecho el poder de dirección comporta atributos comparables en el ámbito público y privado: el poder de dar órdenes y de controlar su cumplimiento, el poder de organizar y adaptar el trabajo, el poder de disciplinar las conductas

¹⁰³⁹ El principio de subordinación resulta clave para entender la proximidad entre el poder de dirección en la empresa privada y en la Administración pública, tal como ya se advirtió en LOSCHAK, Danièle. "Le pouvoir hiérarchique dans l'entreprise privée et dans l'administration". *Droit Social*. Nº 1, 1987, p. 23.

desordenadas que alteren la actividad de servicio, entorpeciendo el buen orden interno que ha de permitir a la organización conseguir sus objetivos.

Cuestión distinta es que el interés al que sirve la organización administrativa sea el interés general propio de las estructuras públicas y no el interés particular del empresario. La consecución del interés general juega, en este sentido, como contrapunto de las necesidades del mercado. Si en el ámbito privado el poder directivo es necesario para mantener la empresa en el mercado en condiciones competitivas, en el ámbito público este poder se justifica para conseguir la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos y el buen funcionamiento de los servicios públicos en base a un parámetro de eficacia¹⁰⁴⁰.

Lógicamente, el fundamento último del poder de dirección ejercido por el superior jerárquico en un régimen donde la Administración es conducida por un órgano de gobierno político en base al principio democrático se constituye en un referente estructuralmente distinto de la base patrimonial y contractual que fundamenta las prerrogativas empresariales. De la misma manera puede mantenerse que entre el poder de dirección de una persona jurídica privada y el poder de dirección de una persona jurídica pública existen diferencias cualitativas esenciales. Sin duda se puede defender que la Administración como parte de una relación de servicios no pierde su condición esencial de portadora del interés general, y por ello no se despoja por completo de sus potestades, de manera que las relaciones con su personal no dejan de ser, en algunos aspectos, relaciones de supremacía en las que se ostenta un poder reforzado con respecto al propio de los empresarios en el sector privado, de una forma consecuente con el relieve estructural que alcanza en la organización administrativa el principio de jerarquía¹⁰⁴¹.

Como contrapunto, también puede afirmarse que el poder de dirección de la Administración está sometido a la ley y al Derecho, con interdicción expresa de la arbitrariedad, como lo está al respeto del principio de igualdad y a la prohibición de las diferencias de trato que no se fundamenten en criterios objetivos y racionales, demostrando siempre que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar de antemano su completa licitud,

¹⁰⁴⁰ GARCÍA TORRES, Alba. “Fuentes de regulación e instrumentos de organización del trabajo en el empleo público en régimen laboral”. Oviedo: Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo, 2015, p. 379.

¹⁰⁴¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Las Administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)”. LUELMO MILLAN, Miguel Ángel (Director). Relaciones laborales en las Administraciones públicas. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 461.

que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio a los derechos fundamentales¹⁰⁴².

Aún más, en el sistema de función pública la lógica estatutaria tiene una finalidad propia. Por un lado, la opción en favor del modelo funcionarial en cuanto a la organización del régimen jurídico del personal al servicio de las Administraciones públicas corre pareja de su consideración como organización directamente servicial de los intereses generales. De la misma manera, el texto constitucional no limita al principio de imparcialidad en el ejercicio de la función pública la fuente de inspiración exclusiva de la institución estatutaria. Si bien es cierto que a las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones se refiere el artículo 103.3 CE como objeto del estatuto de los funcionarios, también hay que tener en cuenta, tal como advierte la STC 178/1989, de 2 de noviembre, que un principio esencial, sancionado constitucionalmente en el artículo 103.1 de la propia Carta fundamental, que debe presidir toda la actuación de la Administración pública, y por tanto, la de su elemento personal, los funcionarios y, en general, los empleados públicos, es el principio de eficacia. Lo anterior justifica y fundamenta la singularización del fenómeno administrativo también en cuanto a sus medios personales en base a la persecución del principio de eficacia. Dicho de otra manera, la finalidad de las normas estatutarias no ha de dirigirse única y exclusivamente a asegurar la tutela de los derechos de los funcionarios y el mantenimiento de sus condiciones de trabajo, sino que ha de garantizar las necesidades de los ciudadanos contribuyendo a la eficiencia y la funcionalidad en la prestación de los servicios, introduciendo los necesarios elementos de racionalidad y flexibilidad que aseguren la consecución de los intereses generales.

Lo dicho hasta ahora se expresa con contundencia en la STC 99/1987, de 11 de junio, cuando nos dice que el funcionario que ingresa en la Administración se coloca en una situación jurídica objetiva, definida legal y reglamentariamente, y por ello modificable por uno u otro instrumento normativo de acuerdo con los principios de reserva de ley y de legalidad. Como consecuencia de esa situación, a tenor de la STC 57/1990, de 29 de marzo, el legislador cuenta con un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el status del personal que presta sus servicios en las Administraciones públicas. Es más, como complemento y proyección de esa discrecionalidad, las propias Administraciones públicas disfrutaban, asimismo, de un margen de actuación suficientemente amplio a la hora de concretar organizativamente esos status y de

¹⁰⁴² Al respecto siguen siendo válidas las reflexiones de GODINO REYES, Martín. *El contrato de trabajo en la Administración pública*. Madrid: Civitas, 1996, págs. 316-319. En esta dirección van las expresivas SSTC 293/1993, de 18 de octubre, y 49/2003, de 17 de marzo.

procurar la utilización racional del funcionario existente para maximizar el aprovechamiento de sus recursos de personal, como se señala explícitamente en la STC 76/1983, de 5 de agosto y en la STC 68/2016, de 14 de abril.

Pero también esa potestad discrecional está limitada por los derechos que las normas jurídicas reconocen a los funcionarios en forma de derechos fundamentales o en forma de derechos propiamente estatutarios, incluyendo aquellos derechos adquiridos que han de mantenerse obligatoriamente en situaciones transitorias y de sucesión de ordenamientos jurídicos cuando permanece inalterable el título jurídico de su constitución y no se pretenda operar de modo retroactivo y negativo¹⁰⁴³.

El tratamiento legal del poder de dirección en la Administración ha de partir del principio de incorporación o vinculación del funcionario a la estructura organizativa de dicha Administración. Desde una perspectiva legal, una sistematización lógica del poder de dirección en la Administración ha de fundamentarse en artículo 9.1 EBEP 2015 que considera a los funcionarios personas que desempeñan servicios profesionales retribuidos “vinculados a una Administración Pública” en base a la “Jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de las funciones y tareas”, tal como reza el artículo 1.3.j) EBEP 2015 que refleja los fundamentos de la actuación de los empleados públicos en el seno de los correspondientes organismos¹⁰⁴⁴.

En todo caso la relación de empleo público consiste fundamentalmente en “desempeñar con diligencia las tareas asignadas” como recuerda el artículo 52 EBEP 2015, actuando “de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia”, vigilando la consecución del interés general y “el cumplimiento de los objetivos de la organización”, tal como se establece en el artículo 53.8 EBEP 2015, para lo que “Obedecerán las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, salvo que constituyan una infracción manifiesta del ordenamiento jurídico”, como proclama el artículo 54.3 EBEP 2015. Aún más, obliga también a garantizar que

¹⁰⁴³ MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, Iñigo. La potestad organizatoria de los derechos de los funcionarios, *ob.cit.* p. 1929-1944.

¹⁰⁴⁴ La noción de vinculación del funcionario a la estructura organizativa de la Administración presupone que el funcionario queda “incorporado” en la Administración, formando parte de ella, integrándose en su jerarquía administrativa. La incardinación del funcionario en el interior de la organización administrativa determina que el funcionario se haga un elemento más de ella; es decir, el funcionario queda sometido a los poderes de dirección que posee cualquier empresario sobre su establecimiento. Es más, en la doctrina administrativista se advierte que la Administración posee amplias facultades en orden a la estructuración, organización y gestión de su propia esfera organizativa, recalcando que estamos ante una situación de derecho público que tiene como fundamento último la persecución de los intereses generales de los ciudadanos, lo que somete al funcionario en todo momento a la posibilidad de adaptación, modificación e innovación de la Administración, como se señala expresamente en LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas, 1994, págs. 261-265.

“Cumplirán con diligencia las tareas que les correspondan o se les encomienden” en función del mandato contenido en el artículo 53.10 EBEP 2015, para lo que “Ajustarán su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y con los ciudadanos”, tal como reza el artículo 53.3 EBEP 2015. Manifestación de ese deber reforzado de buena fe, entroncando con el deber de colaboración, es la obligación de administrar los recursos y bienes públicos con austeridad, velando por su conservación que previene el artículo 54.5. EBEP 2015, la de mantener actualizada su formación y cualificación del artículo 54.8 EBEP 2015, y la de poner en conocimiento de sus superiores las propuestas que consideren adecuadas para mejorar el desarrollo de las funciones de la unidad en la que estén destinados, en expresión del artículo 54.10 EBEP 2015.

En el ordenamiento administrativo, la primera determinación de la prestación debida por el funcionario se concreta a través de la estructura profesional de encuadramiento –cuerpo, escala, subescala, clases, especialidades u otros sistemas que incorporen competencias, capacidades o conocimientos comunes acreditados a través de un procedimiento de selección- y de las funciones atribuidas al correspondiente puesto de trabajo. Por tanto, el cuerpo o escala sirve como punto de referencia para determinar las responsabilidades exigibles, un primer acercamiento que se habrá de precisar a través de las funciones que se atribuyen al puesto de trabajo y que acabarán determinando la correspondiente movilidad funcional.

El poder de dirección se relaciona con una serie de fórmulas de encomienda de funciones diferentes a las previamente atribuidas en los puestos a través de cuatro tipos de reglas diferentes:

a) El artículo 73.2 EBEP 2015, dispone que las Administraciones podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeña siempre que resulten adecuadas a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma en las retribuciones.

b) El artículo 81.1 EBEP 2015, señala que cada Administración, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, podrá establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos.

c) El artículo 81.3 EBEP 2015, permite el traslado de los funcionarios por necesidades de servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos

a los de su destino, respetando sus retribuciones y condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares sin que impliquen cambio de lugar de residencia.

d) El mismo artículo 81.3 EBEP 2015 autoriza, por motivos excepcionales, traslados que impliquen cambios de residencia a través de la aprobación de un plan de ordenación de recursos humanos, dando prioridad a la voluntariedad en los traslados y con derecho a las indemnizaciones establecidas para los forzosos.

En todo caso, conviene advertir de que aquellas decisiones que han de ser objeto de instrumentalización con referencia o interposición de una medida de planificación deben negociarse de conformidad con lo contemplado en el artículo 37.1.c) EBEP 2015. Con lo que podría afirmarse que las únicas medidas que pueden remitirse al ejercicio de un poder de dirección unilateral son las propias de la movilidad ordinaria contenida en el artículo 73.2 EBEP 2015, y el traslado o la adscripción de puestos de trabajo sin cambio de residencia del artículo 81.3 EBEP 2015. Utilizando una terminología propia, dichos sistemas de provisión parecen configurarse como verdaderos procedimientos de movilidad forzosa que pueden adoptarse por la Administración a través de una resolución o medida de orden interior justificada por necesidades del servicio.

A tener en cuenta, que aunque la movilidad funcional ordinaria de los funcionarios se base en procedimientos de provisión de puestos de carácter voluntario, como pueden ser el concurso y la libre designación, el artículo 78.3 EBEP 2015, remite a las leyes de función pública la posibilidad de establecer otros sistemas de provisión en los supuestos de traslado, permutas entre puestos de trabajo, movilidad por motivos de salud o rehabilitación del funcionario, reingreso al servicio activo, cese o remoción en los puestos de trabajo y supresión de los mismos. En la misma dirección, el artículo 85.2.a) EBEP 2015, permite a las leyes de función pública que se dicten en desarrollo del Estatuto básico, regular otras situaciones administrativas de los funcionarios de carrera cuando por razones organizativas, de reestructuración interna o exceso de personal, resulte una imposibilidad transitoria de asignar un puesto de trabajo o la conveniencia de incentivar el cese en el servicio activo.

Precisamente las leyes de función pública de las comunidades autónomas que se han dictado en desarrollo del Estatuto básico estatal suelen distinguir entre procedimientos de provisión voluntaria y forzosa, y dentro de estos entre los que pueden reputarse como temporales y los definitivos. Lógicamente, la expresión del poder de dirección de la Administración se

instrumentará a través de procedimientos de carácter forzoso, sean estos provisionales o definitivos, aunque a menudo resulta difícil afirmar que una determinada medida tiene carácter forzoso cuando su adopción se subordina a una previa negociación¹⁰⁴⁵.

Entre los mecanismos de movilidad forzosa existentes en las leyes de función pública de las Comunidades Autónomas que las han aprobado hasta el momento y que tienen un carácter provisional están la comisión de servicios forzosa, la adscripción provisional o temporal y la atribución temporal de funciones. Entre los mecanismos de movilidad obligatoria que tienen un carácter definitivo hay que citar la reasignación de servicios, la redistribución de servicios y el cambio de adscripción de puestos de trabajo¹⁰⁴⁶.

La aplicación de alguno de estos mecanismos de carácter excepcional puede presuponer también la aplicación de una determinada situación administrativa ante la imposibilidad de asignar al funcionario un puesto de trabajo, como puede ser la expectativa de destino o la excedencia forzosa, mientras que en otros casos se puede utilizar el sistema de situaciones administrativas para incentivar el cese del funcionario en la situación de servicio activo, tal como sucede en la figura de la excedencia voluntaria incentivada o la excedencia con reserva de puesto de trabajo.

En cambio no existen en el derecho de la función pública reglas que permitan la distribución irregular de la jornada de trabajo. De la misma forma tampoco cuenta el sistema estatutario con preceptos que faciliten la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, más allá de las que pudieran derivarse de la aprobación de un plan de ordenación de recursos humanos que expresamente la contemplara o de la adopción de medidas de suspensión o modificación del cumplimiento de acuerdos colectivos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para garantizar la salvaguardia del interés público¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁵ Así, por ejemplo, el artículo 97.2 LFPV, señalará explícitamente que: “La movilidad forzosa, fundamentada en las necesidades del servicio, y previa negociación con las organizaciones sindicales, deberá respetar las garantías que para la misma se establecen”.

¹⁰⁴⁶ El artículo 111 LFPV previene que los procesos de reasignación de efectivos cuyo puesto de trabajo sea objeto de supresión, como consecuencia de un plan de ordenación de personal u otras medidas de racionalización de la organización administrativa, podrá ser destinado a otro puesto de trabajo por el procedimiento de reasignación de efectivos, advirtiendo que dicha reasignación se efectuará previa negociación con las organizaciones sindicales, por lo que difícilmente la mencionada movilidad forzosa podrá considerarse una expresión de un poder de dirección ejercido unilateralmente por parte de la Administración. En la misma dirección, el artículo 127 LFPE, contempla el procedimiento de reasignación de efectivos por supresión del puesto de trabajo como consecuencia de la aplicación de un plan de ordenación del empleo público, que a tenor del artículo 37.1.c) EBEP habrá de ser objeto de negociación.

¹⁰⁴⁷ Sobre la falta de instrumentos que potencien la flexibilidad interna en el EBEP, PALOMAR OLMEDA, Alberto. Impasse y deterioro del marco jurídico, *ob.cit.*, págs. 86-88.

El poder de control de la Administración sobre sus funcionarios no cuenta con una específica expresión jurídica en el seno del sistema de función pública que formula la legislación básica del Estado si descontamos la que se pueda deducir del propio artículo 37.2.d) EBEP 2015, que excluye de la negociación los poderes de control que se consideran inherentes a la relación jerárquica¹⁰⁴⁸.

Obviamente, no puede obviarse el primordial papel que tiene el principio de jerarquía en la vertebración de la organización administrativa, de la que resulta ser una específica manifestación la potestad de supervisión que detenta el jefe de un servicio o dependencia administrativa, considerado el carácter funcional del término en forma abstracta¹⁰⁴⁹.

Por si eso fuera poco, valen aquí las aseveraciones hechas con anterioridad sobre la consideración de los poderes de dirección y control como potestades estrictamente discrecionales que han de ser objeto de una motivación expresa fundada en una causa de interés público y en base a criterios de razonable idoneidad, adecuación y proporcionalidad, sin que puedan ser ejercidos de una forma arbitraria o irracional, practicándose con pleno respeto a los derechos fundamentales, a los reconocidos por el ordenamiento jurídico y a la dignidad en el trabajo que proclama el artículo 14.h) EBEP 2015.

En este punto ha de hacerse una explícita referencia a las técnicas de evaluación del desempeño que aparecen en el régimen jurídico del empleo público estrechamente relacionadas con la carrera profesional y la promoción interna. Lo cierto es que en principio, tal como nos recuerda el artículo 20.1 EBEP 2015, la evaluación del desempeño es un procedimiento mediante el cual se mide y se valora la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados. Es decir, la evaluación del desempeño es primariamente un proceso de valoración del grado en el que los empleados cumplen con los requisitos del trabajo y contribuyen a los objetivos de la organización. De hecho, se pretende con ella analizar y calificar el comportamiento y las actitudes del trabajador en el ejercicio de sus funciones. Aún más, la fórmula típica de evaluación consiste en una valoración realizada por el superior jerárquico derivada de su

¹⁰⁴⁸ Con todo se percibe en algunas leyes de función pública de las Comunidades Autónomas, una precisa determinación del poder del control a favor de determinados órganos de gestión de personal a los que se les reconoce como funciones, por ejemplo, tal como hace el artículo 7.2.c) LFPE para la Consejería competente en materia de función pública: “La fiscalización del cumplimiento de las normas de general aplicación en materia de función pública por los órganos de la Administración y de los Organismos Públicos de la Comunidad Autónoma y ejercer la inspección general en materia de personal”, o tal como prevé el artículo 15.d) LEPG, también para la consejería competente en materia de función pública: “vigilar el cumplimiento de la normativa vigente en materia de jornada, horario, permisos y licencias del personal al servicio de la Administración general de la Comunidad Autónoma de Galicia y de las entidades públicas instrumentales del sector público autonómico”.

¹⁰⁴⁹ SAN de 18 de enero de 2016, ROJ: SAN 49/2016.

experiencia de supervisión y control de la actividad del trabajador. Esta evaluación pretende obtener información con el fin de determinar la retribución, el plan de carrera, las necesidades de formación, los problemas de información o simplemente para mejorar el desempeño del trabajador¹⁰⁵⁰. Sin embargo, más allá de su indudable valor como sistema de control, la consideración de la evaluación del desempeño como un instrumento ancilar de la retribución y la carrera de los funcionarios públicos conlleva que, a tenor del artículo 37.1.d) EBEP 2015, las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño hayan de ser objeto de negociación.

En todo caso entendemos que aunque el poder de dirección y control es un poder unilateral de la Administración que no ha de ser objeto de negociación, nada parece impedir tampoco su delimitación y procedimentalización a través de acuerdos colectivos.

De forma más concreta, y desde el prisma estricto de los derechos de información y consulta, el artículo 40.1.b) EBEP 2015, señala que las juntas de personal y los delegados de personal, tienen como función emitir informe, a solicitud de la Administración pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones y, lo que es más importante, sobre la revisión de sus sistemas de organización y métodos de trabajo. En cambio, nada nos dice la legislación vigente sobre el derecho de los representantes unitarios a ser consultados sobre la implantación o revisión de los sistemas de control de trabajo, un derecho de información que sí se ha reconocido a los comités de empresa del personal laboral en el artículo 64.5. f) ET, lo que parece marcar una diferencia fundamental.

8.6. El poder de dirección como poder de especificación

El poder de dirección es un poder de determinación de una prestación que se da de forma continuada en el tiempo, es decir, es un poder de especificación de la utilización continuada de un trabajo definido según las exigencias y los ritmos de cada momento. Cuando las funciones y responsabilidades ya están enunciadas en función de la incorporación a un determinado cuerpo o escala y de la asignación a un puesto de trabajo, surge el proceso de ejecutarlas, de desempeñarlas que es el que se tutela a través de del poder de dirección¹⁰⁵¹.

¹⁰⁵⁰ TODOLÍ SIGNES, Adrián. El bonus salarial. La Dirección por objetivos, la Evaluación del desempeño y la Retribución por competencias. Valencia: Tiran lo blanc, 2017, p. 101.

¹⁰⁵¹ ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. Poder de dirección y contrato, *ob.cit.* p. 107-109.

El poder de adaptación del trabajo a las necesidades organizativas que se desarrolla a través del poder de dirección se verifica mediante un sistema de instrucciones y órdenes que pueden ser de carácter general o particular, según contengan disposiciones que afecten al conjunto de los empleados públicos, a un grupo de ellos o a un individuo o individuos concretos. Dichas órdenes o instrucciones, que se dictan en interés del servicio o para asegurar el servicio, no dejan de ser un mero ejercicio de poderes implícitos tendentes a la especificación de la obligación de desempeño de las funciones o tareas asignadas en un momento dado, obligación que aparece condicionada por el cumplimiento de otras como pueden ser las de lealtad y buena fe, dedicación, diligencia y obediencia¹⁰⁵².

Nos hemos referido ya al dictado de circulares, instrucciones y órdenes de servicio en base al principio de jerarquía que tienen como únicos y exclusivos destinatarios a los titulares de los órganos y unidades administrativas, exteriorizando para ellos pautas para una futura actuación que dichas instancias subordinadas hayan de realizar. En este caso se tratará de simples directrices de actuación, dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos. Hemos advertido también de que en la consideración de estos instrumentos resulta un aspecto clave el alcance, significado y contenido, y también los destinatarios del acto interno. El mismo razonamiento sigue siendo válido en este punto de nuestra reflexión.

Es decir, no hay que confundir las circulares, instrucciones y órdenes de servicio de carácter orgánico que resulten atinentes a materias de personal, con la determinación de las condiciones de trabajo y, lo que es más importante a nuestros efectos, con la especificación de las funciones y tareas propias de una determinada función, que es a lo que ahora tratamos de referirnos. Así, por ejemplo resulta perfectamente posible el dictado de una instrucción para el devengo del complemento de productividad de un determinado cuerpo o escala de funcionarios que se limita a orientar la actividad de los órganos subordinados –los Directores Territoriales de Inspección de Trabajo y Seguridad Social de las Comunidades Autónomas, los Jefes de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y de la Unidad Especializada de la Seguridad Social-

¹⁰⁵² Si tomamos como referencia a otros modelos de función pública se puede dar cuenta de la existencia de una competencia general propia del jefe de un servicio para adoptar todas aquellas medidas que se puedan considerar necesarias para el buen funcionamiento de las unidades administrativas emplazadas bajo su autoridad, lo que implica la posibilidad de adoptar una serie de medidas generales e impersonales, pero también las medidas individuales necesarias para su funcionamiento. De hecho, las instrucciones, circulares y órdenes de servicio destinadas a los empleados públicos pueden ser calificadas como “medidas de organización del servicio” o “medidas de orden interior”, tal como se puede ver en SCHWARTZ, Rémy. *Le pouvoir d’organisation du service*, *ob.cit.* p. 48-49.

en el aspecto concreto del devengo del complemento de productividad. Se tiene, pues, como destinatarios de dicho acto a los órganos jerárquicamente dependientes a los que se imparten unos determinados criterios, sin afectar, en principio, a los derechos de los funcionarios, y, por descontado, sin proyección “ad extra”, pues no se pretende regular normativamente la conducta de los ciudadanos¹⁰⁵³.

De la misma manera el poder de dirección de la prestación del servicio no debe confundirse con el poder regulador de la relación de servicios, entendido como un poder de determinación de las condiciones de trabajo o como un poder de alteración de las condiciones de trabajo convenidas en base a instrumentos colectivos a los que se quiere oponer una norma administrativa de orden interior¹⁰⁵⁴.

El poder de dirección en el marco de una organización compleja y jerárquica está destinado a ordenar las actividades de servicio a través de reglas que resultan de obligado cumplimiento para los subordinados, obligatoriedad que deriva de los deberes y principios de conducta establecidos por la norma estatutaria, cuya finalidad última consiste en conseguir que se actúe de una determinada forma en base a directrices, criterios o pautas de comportamiento, siendo indiferente que se trate de una orden personal dirigida a un funcionario o que se trate de una instrucción dirigida a una pluralidad de estos, careciendo de contenido normativo y manteniendo inalterado el correspondiente estatuto profesional al no imponer carga o deber que previamente no le pudiera ser exigido¹⁰⁵⁵.

Dicho poder de dirección parece proyectarse sobre una serie de áreas:

¹⁰⁵³ STS de 12 de diciembre de 2006, ROJ: STS 8107/2016. En la misma dirección, la STS de 2 de marzo de 2007, ROJ: STS 1336/2007. Para el ámbito de las personificaciones privadas del sector público se ha dicho que las instrucciones que contienen criterios a los que han de atenerse, en virtud del principio de jerarquía, los órganos de la empresa, son directrices internas que no crean derechos y obligaciones en el marco de la relación de empleo, considerándose meras indicaciones u órdenes de actuación para los servicios de personal de la propia empresa, como sucede con las denominadas circulares o instrucciones internas de las Administraciones públicas; lógicamente la empresa puede cursar instrucciones para dirigir la actuación de sus órganos en la gestión de personal, pero tales instrucciones no resultan vinculantes para terceros, ni por supuesto para la comisión paritaria de un órgano de seguimiento de un convenio o acuerdo colectivo, ni tampoco vinculan a los propios órganos judiciales o a los trabajadores, sin perjuicio de la ejecutividad que para éstos puedan tener las decisiones empresariales sobre el desempeño de las funciones propias de su puesto de trabajo, tal como se dice en la STS de 11 de junio de 2008, RJ/2008/4124.

¹⁰⁵⁴ Tal como se dice en la STS de 26 de noviembre de 2012, ROJ: STS 8404/2012, las órdenes administrativas o los acuerdos de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas, carecen de naturaleza normativa y no pueden oponerse con éxito a las normas derivadas de la negociación colectiva, desconociendo o desnaturalizando sus efectos por pretendidas razones de interés general. En la misma dirección, la STS de 18 de febrero de 2016, ROJ: STS 1311/2016.

¹⁰⁵⁵ STS de 18 de junio de 2013, ROJ: STS 3388/2013.

a) La dirección y gestión de la actividad en el servicio, lo que incluye la especificación de las funciones por desempeñar pero también la fijación de las dotaciones necesarias consideradas mínimas para asegurar la prestación de un servicio o actividad¹⁰⁵⁶.

b) Las reglas de utilización de espacios y medios de trabajo vinculados al mejor funcionamiento del servicio público¹⁰⁵⁷.

c) La determinación de especialidades y singularidades en la jornada y el horario derivadas de las particulares tareas que realizan los distintos colectivos profesionales, lo que implica la necesidad del desempeño de algunas funciones de forma continuada, la consideración de variaciones excepcionales o el establecimiento de un sistema de guardias, por ser esta una de las características esenciales en que se produce el desarrollo de la actividad correspondiente¹⁰⁵⁸.

d) La organización general del período vacacional o de los períodos de disfrute de permisos y licencias de personal de acuerdo con las condiciones generales pactadas en los correspondientes acuerdos colectivos¹⁰⁵⁹.

e) La organización del trabajo en las correspondientes unidades y dependencias administrativas a través del establecimiento de un sistema de sustituciones entre funcionarios que persiga el normal desempeño y atención de las necesidades del servicio en los supuestos de ausencias de corta duración que no precisen de la utilización de un procedimiento de provisión de puestos¹⁰⁶⁰.

f) La determinación de aspectos procedimentales, de tramitación, acreditación y gestión informática de determinados derechos y deberes de los empleados públicos¹⁰⁶¹.

El tema de las órdenes individuales corre parejo a la cuestión de la titularidad del poder de dirección en las Administraciones públicas. En principio el poder de dirección es una facultad que formalmente suele atribuirse a los órganos unipersonales de gobierno y administración. En la Administración local a tenor del artículo 21.1.h) LRBRL, corresponde al alcalde la jefatura superior de todo el personal, una facultad que a tenor del párrafo 3 del mismo precepto resulta indelegable. Con todo, el complemento a este necesario punto de partida ha de venir de la consideración del principio jerárquico y de la inmediata separación entre titularidad y ejercicio

¹⁰⁵⁶ STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2013, ROJ: STSJ M 1690/2013.

¹⁰⁵⁷ STS de 10 de diciembre de 2010, ROJ: STS 7238/2010.

¹⁰⁵⁸ SSTSJ de Madrid de 10 de julio de 2014, ROJ: STSJ M 8567/2014; y de Madrid de 14 de octubre de 2015, ROJ: STSJ M 11903/2015.

¹⁰⁵⁹ STSJ de Madrid de 26 de enero de 2012, ROJ: STSJ M 3497/2011.

¹⁰⁶⁰ STSJ de Madrid de 16 de marzo de 2016, ROJ: STSJ M 2557/2016.

¹⁰⁶¹ SSTSJ de Madrid de 26 de enero de 2011, ROJ: STSJ M 3497/2011; y de Madrid de 1 de febrero de 2013, ROJ: STSJ M 1690/2013.

de dicho poder. Mientras la primera no ha de sufrir alteración, el margen de maniobra derivado de la segunda puede obtenerse por la vía de la competencia implícita que habilita la delegación o las delegaciones sucesivas de poder en aquellos ámbitos en los que no resulta posible que la competencia se ejerza personalmente.

Lo cierto es que el mecanismo de la delegación implícita propio del poder jerárquico resulta imprescindible a medida que la organización administrativa adquiere más complejidad y densidad, dado que la función directiva únicamente es eficaz si bajo las órdenes del superior jerárquico existe un número adecuado de personas que permiten su representación en los diferentes niveles de la estructura. Aparecen así las delegaciones formales a favor de determinados miembros de la corporación con competencias específicas en materia de personal, las figuras directivas, las prefecturas de los cuerpos de funcionarios, las prefecturas superiores e intermedias y, finalmente, algunas posiciones singulares de determinados puestos de trabajo cuya función consiste precisamente en coordinar, dirigir y ordenar el trabajo de otros.

Es más, en la teoría de la organización administrativa se prevé el ejercicio de la función directiva a través de diferentes posiciones que se pueden conseguir de la forma siguiente: 1) configurando legal o reglamentariamente determinados órganos superiores o directivos con competencias en materia de personal (subsecretario de un departamento ministerial, secretario general o director de servicios del departamento de una comunidad autónoma o alcalde de una corporación local); 2) sustantivando órganos específicamente dotados de competencias en materia de personal (director de personal, prefectura del cuerpo); 3) intercalando en determinados niveles de la organización, órganos creados para el ejercicio de la dirección en una determinada unidad, dependencia o centro (jefe de servicio, director de centro); 4) atribuyendo a determinados puestos singulares una facultad que implica coordinación o responsabilidad sobre otros en términos de superioridad jerárquica para una particular unidad administrativa, centro de trabajo o programa concreto (jefe de subalternos; coordinador de proyecto).

Por tanto, no parece cuestionable que cuando una entidad adquiere una determinada complejidad orgánica resulta imprescindible dibujar posiciones de supremacía y dependencia para el ejercicio regular de las funciones directivas y la afirmación del propio principio jerárquico.

En base a este planteamiento se sitúa la teoría jurídica del poder de organización del servicio como una competencia inherente a las funciones del jefe de un servicio público, es decir, del jefe jerárquico en el seno de una determinada estructura administrativa, dotado de una

competencia general consistente en la capacidad de adoptar todas las medidas de orden interior necesarias para el buen funcionamiento de las unidades y dependencias situadas bajo su autoridad¹⁰⁶².

En esa dirección, nuestros tribunales aceptan la regularidad de las órdenes de los superiores jerárquicos dictadas en interés del servicio o para asegurar el servicio expresamente dirigidas sobre el personal colocado bajo su supervisión y dentro de su círculo de atribuciones, con independencia de la posición orgánica del superior jerárquico en los niveles de una determinada estructura administrativa, considerándose legítimas las instrucciones dadas por un supervisor de una unidad, un jefe de subalternos, un jefe de equipo, un director de centro o el jefe de un departamento, un director de establecimiento, o, sencillamente, la persona que en un determinado centro de trabajo resulta investida de la potestad de emitir las órdenes correspondientes para la organización de un servicio¹⁰⁶³.

Dichas órdenes de carácter individual suelen versar sobre la realización o el orden de realización de determinadas funciones, la distribución de tareas dentro de un equipo o unidad, el proceder o forma de actuar concreta en la prestación del servicio, el cumplimiento de las pertinentes obligaciones, la práctica de utilización de medios o instalaciones del servicio o la organización y distribución de los tiempos de trabajo para satisfacer las necesidades del servicio.

Si resumimos ahora todo lo que se ha dicho hasta el momento, podemos llegar a la conclusión de que el poder de dirección a través de instrucciones u órdenes, ya sean colectivas o individuales, es un poder cuyo contenido material consiste en la especificación de las funciones por desarrollar, el modo de desarrollarlas, la utilización de los medios o instalaciones del servicio para desarrollarlas, la organización de los tiempos de trabajo que resulte necesaria para asegurar el servicio, y la determinación de las formas procedimentales propias para el ejercicio de los correspondientes derechos y deberes atinentes a dicho servicio.

¹⁰⁶² SCHWARTZ, Rémy. Le pouvoir d'organisation du service, *ob.cit.* p. 47-48.

¹⁰⁶³ Correlativamente, podemos localizar cada uno de los supuestos citados en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 16 de marzo de 2001, ROJ: STSJ AND 3451/2001; en la STSJ de Asturias de 9 de marzo de 2001, ROJ: STSJ AS 1224/2001, y en la STSJ de Andalucía, Málaga, de 27 de marzo de 2013, JUR/2013/232384; en la STSJ de Aragón de 25 septiembre de 2015, ROJ: STSJ AR 1430/2015; en la STSJ de las Islas Baleares de 3 de octubre de 2000, ROJ: STSJ BAL 1253/2000; STSJ de Madrid de 7 de abril de 2016, ROJ: STSJ M 3645/2016, y en la STSJ del País Vasco de 4 de mayo de 2001, ROJ: STSJ PV 2530/2001. De una forma rigurosa, la STSJ de Murcia de 31 de mayo de 2016, ROJ: STSJ MU 1189/2016, rechaza la emisión de un parte de trabajo de un concejal de un área sectorial de abrir y cerrar un servicio y encargarse de su mantenimiento durante quince días, por entender que se trata de una orden dictada al margen del concejal de personal que es el que ostenta la delegación genérica del Alcalde en la materia.

En todo caso, conviene advertir de que los destinatarios de dichos poderes no son los titulares de órganos administrativos sino los propios empleados públicos, considerándose al efecto como un poder interno, estrictamente limitado al ámbito de las atribuciones de los órganos que lo detentan en función de su posición jerárquica, contenido en su función especificadora y gestora, sin que pueda extenderse a la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios o a la afectación de los derechos que tienen reconocidos en función de su régimen jurídico.

8.7. El poder de dirección y la estructuración del empleo público

El ejercicio del poder de dirección presupone siempre un sistema de estructuración profesional que constituye el marco de referencia objetivo y abstracto en el que se va integrar y a clasificar individualmente cada empleado. Este acto de inserción en una determinada estructura significa que se van a describir cuáles son las posibles funciones y responsabilidades que deberán desempeñarse con la diligencia debida en el sentido del artículo 52 EBEP 2015, funciones que se enuncian por referencia a un elemento o elementos clasificatorios previamente definidos en abstracto de una forma subjetiva y objetiva. A partir de ahí regirá un cierto principio de correspondencia entre función y estructura en base a una serie de elementos de encuadramiento y clasificación de carácter objetivo, fundamentados en las funciones y responsabilidades a realizar, y subjetivos, fundamentados en las titulaciones y la aptitud profesional acreditada a través de un determinado proceso de selección.

El efecto último de la integración en una determinada estructura profesional es la determinación de las tareas que se deben realizar. Pero en la identificación del servicio que hay que prestar se pueden distinguir dos fases perfectamente diferenciadas. La determinación genérica de la prestación de servicios y la posterior especificación por parte del superior jerárquico. De este modo se distingue entre lo que es “determinación” y lo que es “especificación” de la prestación¹⁰⁶⁴. La determinación de la prestación se lleva a cabo mediante la estructuración del funcionario en cuerpos y escalas y su integración en una determinada ordenación de puestos de trabajo. Por el contrario, la especificación de la prestación es una facultad integrada en el poder de dirección que puede llegar a individualizar las funciones y responsabilidades que específicamente se van a materializar dentro de las posibles que pueden realizarse basándose en la determinación genérica derivada de las correspondientes estructuras profesionales. De ahí que la determinación genérica constituya a la vez un límite y un marco de referencia donde se

¹⁰⁶⁴ ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. La clasificación profesional del trabajador, *ob.cit.* p. 200.

va a llevar a cabo la especificación del servicio que se debe prestar. En todo caso, la especificación de la prestación necesita no solo de la identificación de la naturaleza y características del servicio que se debe asegurar y la posterior concreción de las funciones que se deben desempeñar, sino también la delimitación de otros elementos como pueden ser el lugar de la prestación, el tiempo y el horario de trabajo o el desempeño considerado adecuado en términos de conducta profesional y rendimiento.

En todo caso, la ampliación del contenido funcional que delimita cada estructura profesional o su relativa indeterminación presupone una correlativa expansión del poder de dirección y la posibilidad de exigir cambios funcionales más o menos intensos realizando otras funciones distintas de las habituales, pero siempre dentro de las previstas en los elementos de estructura que pautan profesionalmente la conducta del funcionario.

Dicho eso conviene advertir que nuestras Administraciones estructuran sus recursos humanos en el marco de sus competencias de autoorganización de acuerdo con las normas que regulan la distribución de funciones y la movilidad, tal como reza el artículo 72 EBEP 2015. Es decir, la gestión interna del personal se refiere a un determinado sistema de estructura profesional. Y la estructuración de los recursos humanos en las organizaciones públicas se fundamenta en dos elementos esenciales: los cuerpos y escalas, y los puestos de trabajo.

El cuerpo, escala, especialidad u otros sistemas clasificatorios a los que se refiere el artículo 75.1 EBEP 2015 resulta ser un agregado profesional que incorpora competencias, capacidades y conocimientos comunes acreditados a través de un procedimiento de selección. A su vez, a tenor del artículo 76 EBEP 2015, los cuerpos y escalas se clasifican de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos. La titulación y la competencia o aptitud profesional acreditada a través de un proceso de selección resultan ser los elementos determinantes de esa agrupación profesional que son los cuerpos y escalas de funcionarios.

Como sabemos, a tenor del artículo 74 EBEP 2015, los puestos de trabajo son elementos de la estructura de la organización de las Administraciones públicas. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 EBEP 2015, los correspondientes puestos de trabajo se nos aparecen como agregados de funciones, tareas o responsabilidades pero la carga prescriptiva de las relaciones de puestos, contenida en el artículo 74 EBEP 2015, se limita a la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias.

Si trasladamos todo lo que se ha dicho al ámbito de la Administración local advertiremos que a tenor de lo previsto en el artículo 167 TRRL, los funcionarios de carrera que no tengan habilitación de carácter nacional se integrarán en las escalas de Administración General y Administración Especial de cada corporación en función de una agrupación determinada de acuerdo con la titulación exigida para su ingreso. La Escala de Administración General se divide en las Subescalas Técnica, de Gestión, Administrativa, Auxiliar y Subalterna; la Escala de Administración Especial se divide en las Subescalas Técnica y de Servicios Especiales. El artículo 169 TRRL se limita a señalar de forma genérica, con relación a un tipo de servicio determinado el horizonte funcional de la Escala de Administración General: las funciones comunes a la actividad administrativa de carácter predominantemente burocrático. Mientras que el artículo 170.1 TRRL, dispone que las agrupaciones propias de la Escala de Administración Especial se definen por el desempeño de las funciones que constituyan el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio.

La definición de las diferentes subescalas de Administración General se basa en criterios de titulación y responsabilidad. Así, por ejemplo, el artículo 169.1 TRRL, nos dice que pertenecerán a la Subescala Técnica de Administración General, los funcionarios que realicen tareas de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo superior; pertenecerán a la Subescala de Gestión de la Administración General, los funcionarios que realicen tareas de apoyo a las funciones de nivel superior; pertenecerán a la Subescala Administrativa de Administración General, los funcionarios que realicen tareas administrativas, normalmente de trámite y colaboración; y pertenecerán a la Subescala Auxiliar de Administración General, los funcionarios que realicen tareas de mecanografía, taquigrafía, despacho de correspondencia, cálculo sencillo, manejo de máquinas, archivo de documentos y otros similares; pertenecerán a la Subescala de Subalternos de Administración General, los funcionarios que realicen tareas de vigilancia y custodia interior de oficinas, así como misiones de conserje, ujier, portero u otras análogas en edificios y servicios de la corporación.

La estructura interna de las subescalas de Administración Especial es más sencilla y parte de una simple división, contenida en los artículos 171 y 172 TRRL, entre Subescala Técnica de Administración Especial y la Subescala de Servicios Especiales. En la primera de dichas subescalas hay que encuadrar a los funcionarios que desarrollen tareas que son objeto de una carrera para cuyo ejercicio se exija estar en posesión de determinados títulos académicos y profesionales, distinguiendo por clases, en atención al carácter y nivel del título exigido, entre Técnicos Superiores, Medios y Auxiliares, advirtiéndose también que, a su vez, cada clase

podrá comprender distintas ramas y especialidades. En la segunda de las subescalas mencionadas se encuadran los funcionarios que desarrollan tareas que requieren una aptitud específica que se identifique con la posesión de títulos académicos o profesionales determinados, incorporándose dentro de dicha subescala, las clases de Policía Local y sus auxiliares, Servicio de Extinción de Incendios, Plazas de Cometidos Especiales y Personal de Oficios.

A lo vista de lo que se ha dicho hasta el momento no parece que el sistema clasificatorio de los funcionarios de Administración Local resulte concreto y específico siendo su fundamento último una serie de obligaciones formuladas en términos muy amplios y genéricos por relación a un sector de la actividad administrativa y, fundamentalmente, a un grado o nivel del sistema de titulación oficial. De aquí que la realización de funciones concretas y determinadas no parece que pueda tener un directo amparo en las normas jurídicas que regulan las estructuras profesionales de los funcionarios de Administración local, ni parece tampoco que pueda ser obstaculizada por las mismas, dada la amplitud y la generalidad con que aparecen formuladas en los textos legales, debiéndose referenciarse en su determinación última a las instrucciones y órdenes concretas que puedan darse en interés del servicio y en uso de las pertinentes potestades de organización y dirección¹⁰⁶⁵.

De la misma manera, hay que recordar que la mayoría de las sucintas definiciones funcionales de las diferentes escalas, subescalas y clases de los funcionarios de la Administración local suelen finalizar su descripción con la inclusión de una cláusula de arrastre o residual formulada en términos de equivalencia o complementariedad, según la cual el funcionario no está obligado solo al desempeño de las funciones principales referidas en la descripción función propia de la estructura profesional sino también a la realización de todas aquellas “similares” u “análogas” que le hayan sido expresamente encomendadas¹⁰⁶⁶.

Cuestión distinta es que a tenor de lo que se dice en el artículo 167.4 TRRL, cada una de nuestras corporaciones locales detente una determinada competencia de autoorganización para la creación y definición de escalas, subescalas y clases de funcionarios, y la clasificación en especialidades dentro de cada una de ellas, lo que sin duda puede contribuir a una mayor

¹⁰⁶⁵ STSJ de Madrid de 25 de marzo de 2011, ROJ: STSJ M 3802/2011.

¹⁰⁶⁶ SSTSJ de Cataluña de 25 de junio de 2009, JUR/2009/426234; y de la Comunidad Valenciana de 6 de noviembre de 2013, ROJ: STSJ CV 5591/2013.

especificación de las funciones que se deban realizar en detrimento del poder de dirección que pueda atribuirse a los órganos competentes en materia de personal.

En todo caso, siempre habrá que combinar los elementos de clasificación profesional de los funcionarios de carácter eminentemente subjetivos con las estructuras objetivas propias de los puestos de trabajo.

A tenor del artículo 73 EBEP 2015, los funcionarios desempeñan un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de estructuración del empleo público que se establezca, dichos puestos parecen agruparse en torno a los conceptos de funciones, tareas y responsabilidades, pero lo cierto es que el contenido mínimo de las relaciones de puestos de trabajo en su aspecto más definitorio, no hace una específica referencia al elemento funcional propio del contenido de los puestos. Este es un aspecto clave de la cuestión en la que conviene detenerse un momento. EL artículo 74 EBEP 2015 se limita a afirmar que la identificación de un puesto de trabajo ha de contener, al menos, la denominación, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Como ya hemos tenido ocasión de exponer, han desaparecido, pues, de esta redacción los elementos relacionados con el tipo de puesto y los requisitos exigidos para su desempeño que se contenían el artículo 16 LMRFP. Dichos elementos obligaban a definir el puesto como singularizado o no singularizado cuya consideración exigía una diferenciación por su denominación y contenido, y demandaban también un análisis de los requisitos exigidos para el desempeño del puesto, que se limitan ahora a la adscripción a grupos de clasificación profesional y, en su caso, a cuerpos o escalas determinados, cuando antes podían extenderse también a una determinada titulación y formación específica deducida objetivamente de la índole de las funciones a desempeñar.

En consecuencia, resulta factible un diseño de puestos de trabajo con la mayor amplitud horizontal y vertical posible que pueda complementarse con una serie de instrumentos complementarios de gestión de recursos humanos que acaben completando la información recogida en las relaciones de puestos a modo de manuales de organización o de recopilatorio de monografías de puestos que puedan llegar a contener una determinada información sobre las funciones y responsabilidades de los puestos de trabajo o el perfil de competencias profesionales requerido para su desempeño. En todo caso, la existencia de estos documentos complementarios, valiosos desde una perspectiva interna de gestión de recursos humanos, no

deberían formalizarse jurídicamente, dotándoles de una sustancia y un perfil propio que llegaría a arrastrar la necesidad de su negociación colectiva¹⁰⁶⁷.

Existe pues en una Administración concreta un elevado grado de indeterminación funcional en la estructuración profesional de su función pública que resulta disponible para el ejercicio del poder de dirección en términos de especificación de las funciones a desempeñar que solo un inadecuado uso de la potestad de organización, a través de una excesiva “especialización” de las plantillas y las relaciones de puestos, puede llegar a disminuir o a condicionar seriamente.

Cuestión distinta es que esa facultad de concreción pueda llegar a malbaratarse también por la desviada identificación entre las personas y los puestos de trabajo que late en un sector de nuestra doctrina judicial, doctrina que parte de la idea de que el puesto de trabajo y la adscripción al mismo del funcionario es una pieza clave en la estructura del empleo público, a partir de la cual parece pretenderse un derecho individual a la intangibilidad en el puesto de trabajo y al desempeño de unas funciones determinadas, perspectiva esta que puede llegar frustrar la finalidad de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, que garantice la eficacia del servicio que se presta a los ciudadanos para lo que la Administración cuenta con un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el estatus del personal a su servicio¹⁰⁶⁸.

Cualquier razonamiento en esta dirección debería contrastarse con el contenido del extenso ATC 420/2005, de 16 de diciembre, donde se afirma taxativamente que no puede llegarse a considerar la inconstitucionalidad de una norma de ordenación de la función pública, en cuanto no dispone que las relaciones de puestos de trabajo tengan que prever las funciones que deben ser acometidas por cada uno de ellos sin que la misma resulte contraria a la norma básica estatal, constituida en aquel momento por el artículo 16 LMRFP, en el cual se declara que las comunidades autónomas y la Administración local formarán la relación de los puestos de trabajo existentes en su organización, que deberán incluir, en todo caso, la denominación y las características esenciales de los puestos, las retribuciones complementarias que les correspondan y los requisitos exigidos para su desempeño, por lo que se entendía por la Sala proponente que dentro de estas especificaciones habría que considerar las características esenciales de los puestos en términos funcionales.

¹⁰⁶⁷ Como se señala en la STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2010, RJCA/2010/888.

¹⁰⁶⁸ SSTC 57/1990, de 29 de marzo; 293/1993, de 18 de octubre; y 49/2003, de 17 de marzo.

Pues bien, el Tribunal Constitucional deja claro que no existe lesión constitucional en el hecho de que una disposición no incluya entre las características esenciales del puesto, la atinente a las funciones que se asignen a cada determinado puesto, sin que la redacción del artículo 16 LMRFP permita aseverar tal extremo, advirtiendo de que no puede inferirse directamente de la Constitución ni de la normativa estatal básica que deba incluirse en las relaciones de puestos un exhaustivo listado de funciones referido a cada uno de ellos, señalando también que dicha opción expresa una determinada interpretación del precepto legal, que no es, ni la única posible, ni aquella por la que ha optado el Tribunal Supremo.

Lo cierto es que, como ya se ha tenido ocasión de comentar, la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia ha sufrido una interesante evolución. Así, en un primer momento se advirtió de la innecesariedad de una minuciosa precisión en la definición funcional del contenido del puesto, señalando en un segundo momento que la función correspondiente a cada puesto de trabajo no tiene por qué describirse con carácter autónomo, resultando suficiente su denominación y otros datos que se puedan atribuir al puesto para conocer sus cometidos esenciales, concluyendo finalmente que a veces la definición del puesto vendrá contenida en su propia denominación, mientras que en otras será necesaria una descripción más amplia, que permita apreciar realmente el ámbito y nivel de cometidos que le pudieran corresponder, limitada, eso sí, a sus elementos esenciales¹⁰⁶⁹.

Lógicamente esta evolución supone que la identificación del contenido funcional de un puesto puede deducirse de su denominación y, si se quiere, de factores indirectos como pueden ser la clasificación profesional, los sistemas de provisión o la adscripción orgánica, sin que eso excluya que las funciones, tareas y responsabilidades de un puesto de trabajo hayan de ser especificadas en un momento del transcurso de la prestación en base al poder de organización y dirección, acreditando que los hechos motivadores de la decisión son legítimos por objetivos,

¹⁰⁶⁹ Dicha evolución puede verse en las STS de 26 de mayo de 1994, ROJ: STS 4096/1994, de 3 de marzo de 1995, ROJ: STS 8612/1995, y en la de 23 de enero de 1997, ROJ: STS 329/1997. En este itinerario no falta algún pronunciamiento en el que se prescribía expresamente que las características esenciales de los puestos habrían permitir identificar y distinguir las tareas asignadas a cada uno de ellos en el organigrama administrativo, como se puede ver en la STS de 30 de septiembre de 1996, ROJ: STS 5131/1996. Capítulo aparte merece aquella jurisprudencia en la que se señaló que las normas legales existentes en aquel momento ponían de manifiesto que las indicaciones que en tales relaciones pudieran figurar no podrían ser consideradas exhaustivas en cuanto a la descripción del contenido, aspectos y características de todos y cada uno de los puestos que aparecieran en las mismas, pues la inequívoca limitación de las características que habrían de ser indicadas únicamente a las “esenciales”, significaba que no todas ellas figuraran en la relación, como se señala en la STS de 18 de noviembre de 2003, ROJ: STS 7271/2003.

alejados de la arbitrariedad en base a su razonabilidad, y sin propósito contrario a los derechos de los funcionarios¹⁰⁷⁰.

Por tanto, podemos concluir afirmando, hoy por hoy, los siguientes puntos:

a) La relación de puestos no tiene por qué ser el instrumento formal para la determinación de las funciones de los puestos de trabajo.

b) La fuente de conocimiento de esas funciones puede buscarse en otros elementos normativos o administrativos como los mencionados.

c) Las órdenes dictadas por los titulares de los órganos a los que resultan adscritos los correspondientes puestos en ejercicio de su potestad de organización contribuyen a determinar su contenido funcional¹⁰⁷¹.

d) La específica asignación de las funciones que se deben realizar en un determinado puesto es una decisión de la Administración que afecta a su potestad de dirección, sin que en principio haya de tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios¹⁰⁷².

8.8. Poder de dirección y movilidad

En nuestro sistema de empleo público existe una delicada identificación entre la provisión de puestos de trabajo y la movilidad funcional, hasta el punto de que alguna norma legal nos

¹⁰⁷⁰ De hecho, las SSTS de 10 de febrero de 2010, ROJ: STS 1376/2010; y de 8 de junio de 2011, ROJ: STS 3872/2011, advertirán que la omisión de la descripción de funciones en una relación de puestos de trabajo no puede ser considerada una directa causa de invalidez, ya que dicha omisión no significa que no se conozcan las funciones correspondientes a cada puesto de trabajo porque, en lo concreto, la definición de funciones figura en otros elementos normativos y administrativos como pueden ser la adscripción a determinados cuerpos y especialidades, la normativa reguladora de las funciones correspondientes a unos y otras, la integración en un determinado órgano administrativo y la normativa reguladora de sus competencias, y, sobre todo, en lo que a nosotros interesa, en las órdenes que hayan dictado los titulares de esos órganos en el ejercicio de las potestades de autoorganización que tienen reconocidas. La SAN de 6 de junio de 2012, ROJ: SAN 2661/2012, señalará explícitamente que las características esenciales del puesto de trabajo –funciones- vienen definidas por las tareas que constituyen el núcleo definitorio del puesto de trabajo y son las que resultan de la adscripción al Cuerpo y por ello justifican la exigencia de una titulación académica y una formación específica. No hay ningún obstáculo legal en que estas funciones por tanto vengan concretadas por los Cuerpos a los que se adscriben los puestos, es decir, por las funciones encomendadas a tales Cuerpos, todo ello sin perjuicio de la particularizada concreción en relación al puesto de unas funciones singularizadas por razón de las áreas de actuación de la unidad pero siempre dentro de las propias del Cuerpo.

¹⁰⁷¹ Tal como se afirma en las SSTS de 10 de febrero de 2010, ROJ: STS 1376/2010; y de 8 de junio de 2011, ROJ: STS 3872/2011. La vigencia de esta doctrina puede comprobarse en la STSJ del País Vasco de 15 de julio de 2015, ROJ: STSJ PV 2623/2015

¹⁰⁷² STSJ de Andalucía, Sevilla, de 10 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ AND 10349/2015.

recuerda que la movilidad se hace efectiva mediante los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, lo que no deja de ser del todo cierto¹⁰⁷³.

De hecho el término movilidad puede tener diferentes intensidades y niveles proyectándose siempre sobre una situación profesional consistente en una determinada prestación definida previamente por la inserción en un sistema de estructuración del empleo público.

Genéricamente podemos entender por movilidad funcional la modificación de las funciones habituales que se venían realizando por una persona perteneciente a un cuerpo o escala en un determinado puesto de trabajo.

Dicha movilidad funcional puede darse de manera diferente a través de una serie de técnicas como pueden ser las siguientes:

a) Como consecuencia de una especificación de funciones, tareas o responsabilidades en el marco de las funciones atribuidas a un puesto de trabajo, siempre que resulten adecuadas a una determinada clasificación profesional.

b) Como consecuencia de una ampliación de funciones, tareas o responsabilidades añadiendo otras consideradas accesorias, complementarias o análogas a las funciones atribuidas a un puesto de trabajo, siempre que resulten adecuadas a una determinada clasificación profesional.

c) Como consecuencia de una asignación de funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes a un puesto de trabajo, siempre que resulten adecuadas a una determinada clasificación profesional.

Podríamos decir que la primera es una modificación funcional de carácter ordinario en base al ejercicio regular del poder de dirección, posición a la que también podríamos sumar la segunda en función como se ha visto de la capacidad prescriptiva que puedan tener determinados instrumentos de gestión, básicamente la plantilla y la relación de puestos de trabajo. La tercera puede llegar a presuponer un verdadero cambio en el servicio prestado de carácter más o menos intenso al añadir nuevas funciones, tareas y responsabilidades a las ya delimitadas por el desempeño de un determinado puesto de trabajo con carácter permanente o temporal, modificación o cambio que se encuentra directamente autorizado por el artículo 73.2 EBEP 2015 y que se permite siempre que se cumpla la triple condición de que las nuevas funciones

¹⁰⁷³ Artículo 87.1 LEPG.

resulten adecuadas a la clasificación, grado o categoría del empleado público, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen y sin merma de las retribuciones¹⁰⁷⁴.

En nuestro sistema de función pública no hay una figura clara de movilidad geográfica como puede ser el traslado o el desplazamiento temporal previstos en el artículo 40 ET para el personal laboral. Con todo, desde una perspectiva estricta parece que pueden enunciarse como mínimo dos posibles movimientos:

a) La movilidad voluntaria o forzosa a unidades, departamentos o sectores sin cambio de residencia.

b) La movilidad voluntaria o forzosa a otras unidades, departamentos o sectores con cambio de residencia.

La primera de las movilidades de carácter voluntario tiene entre nosotros un reconocimiento atípico en la mención expresa que se hace en el artículo 78.3 EBEP 2015 a la anacrónica figura de las permutas entre puestos de trabajo. Más recorrido parece tener la previsión establecida en el artículo 81.1 EBEP 2015 que permite a cada Administración pública, en el marco de la planificación general de sus recursos humanos, establecer reglas para la ordenación de la movilidad voluntaria de los funcionarios cuando considere que existen sectores prioritarios de la actividad pública con necesidades específicas de efectivos.

La movilidad forzosa a puestos de trabajo de otras unidades orgánicas se contempla en nuestro empleo público a través de la figura histórica de la redistribución de efectivos que se ha asimilado al traslado en el artículo 81.2 EBEP 2015, señalándose expresamente que las Administraciones públicas, de manera motivada, podrán trasladar a sus funcionarios, por necesidades del servicio o funcionales, a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de su destino, respetando sus retribuciones, condiciones esenciales de trabajo, modificando, en su caso, la adscripción de los puestos de trabajo de los que sean titulares.

De hecho, dentro de esta figura podemos identificar hasta tres situaciones de características distintas. Una, en la práctica significa un cambio de destino pero no de puesto de trabajo, dado

¹⁰⁷⁴ Nótese que dicha figura guarda un íntimo parentesco con la llamada atribución temporal de funciones regulada en el artículo 66 RIPPAAE, dicha regulación permitía en casos excepcionales, atribuir a los funcionarios el desempeño temporal en comisión de servicios de funciones especiales que no estuvieran asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones, o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no pudieran ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñaran con carácter permanente los puestos que tuvieran asignadas dichas tareas.

que, en definitiva, el cambio que se produce es el de dotación; es decir, un centro directivo o una unidad orgánica pierde una dotación de un determinado puesto de trabajo que gana otro centro directivo que tiene adscrito el mismo tipo de puesto de trabajo, no hay pues en puridad otra cosa que un simple cambio de destino que puede comportar, eso sí, un cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia y que, lógicamente, puede ser considerado desde la perspectiva estricta del funcionario como más o menos inclusivo o más o menos perjudicial. En el segundo de los supuestos planteados se produce un verdadero cambio de puesto de trabajo, el funcionario abandona un puesto del que sale para pasar a desempeñar otro distinto pero substancialmente equivalente ya que han de respetarse sus retribuciones y condiciones de trabajo. Finalmente, el tercero presupone el cambio del puesto de trabajo y de la persona que lo ocupa; se produce, pues, en la práctica, la adscripción del puesto de trabajo y de su ocupante a un nuevo centro o unidad orgánica. En cualquier caso cada uno de estos movimientos se habrá de justificar por necesidades del servicio o funcionales y ninguno de los mismos ha de implicar un cambio de lugar de residencia del funcionario movilizado.

La movilidad geográfica que comporta cambio de residencia es forzosamente un concepto diferente. Conviene tener bien presente que dicha movilidad se fundamenta en el cambio de residencia y no el de centro de trabajo. Por tanto, en el régimen jurídico estatutario existe movilidad geográfica cuando el cambio de centro de trabajo obliga al funcionario a cambiar su lugar de residencia. Lógicamente, el concepto cambio de lugar de residencia es un concepto que comporta un cierto grado de indefinición, ya que no resulta claro cuando un cambio de centro de trabajo induce un cambio del lugar de residencia. De hecho el significado de residencia remite al domicilio habitual del empleado, debiendo recordarse al efecto que en el artículo 20.1 LMRFP, se admitía que las Administraciones públicas podían trasladar a sus funcionarios respetando la provincia o isla de su destino. En cualquier caso, hoy por hoy, la posibilidad de destinar a un funcionario a un centro de trabajo que implique un cambio de su lugar de residencia pasa forzosamente por la previa negociación y aprobación de un plan de ordenación de recursos humanos.

Finalmente este apartado quedaría incompleto si no advertimos de la importancia que tradicionalmente tienen en la función pública española las llamadas formas provisionales o temporales de provisión de puestos de trabajo. De hecho, el artículo 81.3 EBEP 2015, señala expresamente que en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional. De la misma manera existe una regulación expresa, que se puede tomar como referencia, de la adscripción provisional, las comisiones de servicios y las

atribuciones temporales de funciones en el RIPPAAE. Fórmulas de provisionalidad o de temporalidad de carácter excepcional que solo deberían utilizarse en casos de urgente e inaplazable necesidad para el servicio. Dichas figuras aparecen reguladas en los artículos 63, 64 y 66 RIPPAAE, y en las leyes de las comunidades autónomas, de la forma siguiente:

a) La adscripción provisional se considera siempre una forma temporal de provisión de puestos que solo procede en casos derivados de la remoción o cese en el puesto o del reingreso voluntario al servicio activo desde una situación que no conlleve reserva de puesto de trabajo.

b) La comisión de servicios es una forma temporal de provisión de puestos que resulta procedente cuando el puesto queda vacante y deba ser cubierto con un funcionario que reúna los requisitos establecidos para su desempeño pudiendo tener carácter voluntario o forzoso, con inclusión, si procede, del necesario desplazamiento o cambio de residencia del funcionario, por una duración máxima de un año prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo.

c) La figura de la atribución temporal o adscripción temporal de funciones parece estar pensada para la realización de funciones especiales no desempeñadas por los puestos existentes en una determinada estructura o como una posibilidad para un refuerzo implícito de determinados puestos por causa de mayor volumen temporal de tareas u otras razones coyunturales sin que dicha atribución presuponga un cambio de puesto de trabajo.

Si descartamos lo que ya se ha dicho sobre la posible consideración del poder de dirección como poder de especificación y ampliación de funciones por la vía de la complementariedad o la equivalencia advertiremos rápidamente que dicha facultad se puede proyectar ahora directamente sobre:

a) La asignación de funciones distintas a las correspondientes a un puesto de trabajo que resulten adecuadas a una determinada estructura profesional.

b) El traslado de la persona o la adscripción del puesto de trabajo a unidades, departamentos y sectores sin cambio de residencia.

c) Las formas temporales de provisión de puestos de trabajo o las atribuciones temporales de funciones sin cambio de puesto de trabajo.

En todo caso, para despejar cualquier duda que pudiera existir al efecto, debemos empezar afirmando que a tenor del artículo 37.1.m) EBEP 2015, las normas referidas a movilidad

funcional y geográfica han de ser objeto de negociación colectiva¹⁰⁷⁵. Por tanto, aquí no se discute la negociación de dichas normas sino la de las decisiones concretas y singulares sobre movilidad funcional y geográfica que puedan producirse y resulten amparadas por los poderes de dirección derivados de la relación jerárquica, tal como prevé el artículo 37.2.d) EBEP 2015¹⁰⁷⁶.

De la misma manera habría que distinguir los supuestos de movilidad funcional de los procesos de reestructuración de plantillas y modificación de estructuras de puestos de trabajo. Dicha reestructuración que como se ha dicho tienen su cauce natural en la aprobación de los correspondientes planes de ordenación de los recursos humanos, supone la adopción de una serie de decisiones por las que se promueven cambios relevantes en los sistemas de trabajo y el número de los efectivos de la organización, afectando a un grupo más o menos amplio de empleados, y modificando sustancialmente sus condiciones de trabajo, unas circunstancias que no concurren en aquellos supuestos de movilidad del personal funcionario de carrera que regula el artículo 81.3 EBEP¹⁰⁷⁷.

Dicho esto, hay que referirse a la natural confusión en la que se encuentra el régimen jurídico de la movilidad funcional y geográfica de los funcionarios de Administración local. No olvidemos que el artículo 101 LRBRL se limita a remitir a las normas que regulen los procedimientos de provisión en todas las Administraciones públicas la de los puestos de trabajo vacantes en la Administración local. Mientras que el artículo 141.1 TRRL, asegura a los funcionarios de carrera en las entidades locales el derecho al cargo, sin perjuicio de su adscripción a uno u otros puestos de trabajo, precepto que ha de ser completado con el artículo 168 TRRL, donde se nos dice que la provisión de puestos de trabajo que puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera de la Administración local, se regirá por las normas que, en desarrollo de la legislación básica en materia de función pública local, dicte la Administración del Estado.

La generalidad de estos preceptos puede colmarse relativamente con las prescripciones ya vistas contenidas en el EBEP. Si las repasamos al efecto advertiremos lo siguiente:

¹⁰⁷⁵ La STSJ de Madrid de 3 de febrero de 2016, ROJ: STSJ M 1149/2016, señala expresamente que las normas sobre movilidad funcional de los empleados públicos de un determinado Ayuntamiento han de ser objeto de negociación colectiva con independencia de que innoven o no la regulación vigente en esta materia.

¹⁰⁷⁶ La aplicación de las figuras de movilidad previstas en las normas vigentes deben insertarse dentro del ámbito de la potestad de organización y no han de ser objeto de negociación, como se señala en la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 17 de mayo de 2012, ROJ: STSJ AND 5248/2012.

¹⁰⁷⁷ Distinguiendo los supuestos de reestructuración de plantillas de la mera movilidad funcional, la STSJ de Andalucía, Granada, de 13 de enero de 2016, ROJ: STSJ AND 590/2016.

- a) Que el artículo 73.1 EBEP 2015, en el que se regula la asignación de funciones, se ubica en el Título V, Capítulo II EBEP 2015, y refiere dicha facultad a “las Administraciones públicas”.
- b) Que el artículo 81.2 EBEP 2015, en el que se regula el traslado y la adscripción de puestos de trabajos, se sitúan en el Título V, Capítulo III EBEP 2015, y refiere dichos procedimientos a las “Administraciones públicas”.
- c) Que el artículo 81.3 EBEP 2015, permite la cobertura provisional de puestos de trabajo en caso de urgente e inaplazable necesidad, regla que se sitúa en el Título V, Capítulo III EBEP 2015, con carácter inespecífico.

Dicha relación resulta de interés si se tiene en cuenta que lo establecido en el Capítulo III del Título V del EBEP, solo producirá efectos a partir de la entrada en vigor de las leyes de función pública dictadas en desarrollo del Estatuto, manteniéndose mientras tanto en vigor las normas vigentes sobre ordenación, planificación y recursos humanos.

Aquí hay que advertir que las normas que regulan el traslado y la adscripción provisional en el EBEP son una directa traslación de las que ordenaban esta figura en artículo 20.1.c) LMRFP, mientras que los procedimientos de cobertura provisional y temporal de puestos de trabajo, se encuentran especificados en los artículos 63, 64 y 66 RIPP AE, una norma que a tenor de su artículo 1.3, tiene carácter supletorio para los funcionarios de las Administraciones públicas.

Lógicamente caben también aquí las dos tesis vistas con anterioridad con respecto al contenido mínimo de las relaciones de puestos de trabajo:

- a) Entender que lo común en materia de provisión de puestos de trabajo para todas las Administraciones públicas es lo que se sanciona en el EBEP, cuyos preceptos pueden ser aplicados por las Administraciones públicas en defecto de las correspondientes leyes de función pública de las comunidades autónomas.
- b) Aceptar que en defecto de las leyes autonómicas sigue rigiendo el anterior bloque normativo estructurado en base a los preceptos de la LMRFP.

En todo caso, el debate puede ser tan interesante como artificial, dada la identidad de figuras y situaciones que pueden encontrarse en uno u otro esquema normativo en base a la regulación

del traslado, la adscripción de puestos de trabajo y las formas temporales o provisionales de desempeño de los diferentes tipos de puestos de trabajo¹⁰⁷⁸.

Profundicemos ahora en las figuras de movilidad que ampara el poder de dirección vistas hasta el momento, es decir, en la asignación de funciones, el traslado y las adscripciones temporales. En cuanto a la movilidad funcional ordinaria que supone la asignación de funciones, el punto de partida en el tratamiento de esta institución ha de ser necesariamente el artículo 73.1 EBEP 2015, que prevé el derecho de los empleados públicos a desempeñar un puesto de trabajo de acuerdo con el sistema de estructuración profesional que se establezca. Dicho puesto de trabajo determina las funciones, tareas y responsabilidades cuya realización constituye un deber del empleado público. En todo caso, a tenor del artículo 73.2 EBEP 2015, sin cambiar ni modificar el puesto de trabajo, se pueden asignar al personal funcionario, tareas o responsabilidades distintas a las que pudieran corresponder a dicho puesto siempre que resulten adecuadas a su clasificación profesional y sin merma de sus retribuciones, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen.

Dicha ampliación funcional es subjetiva, causal y temporal. Es decir, se produce sin cambiar de puesto o modificar el contenido funcional del desempeñado en base a una atribución al funcionario; procede cuando las necesidades del servicio lo justifiquen; y, a su vez habrá de convenirse que su duración es excepcional, temporal y coyuntural, por lo que deberá vincularse al mantenimiento de las circunstancias que avalen la pervivencia del supuesto. Aquí no estará de más recordar que en el artículo 66.1 RIPPAAE se hace depender la utilización de estas figuras de atribución de tareas, de la detección de funciones especiales que no estuvieran asignadas específicamente a los puestos incluidos en la relación o de la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones coyunturales, no pudieran ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que las estuvieran desempeñando¹⁰⁷⁹.

En todo caso, la actuación práctica de esta previsión va a depender de que las funciones a desempeñar sean adecuadas a la clasificación profesional del funcionario, es decir, a su cuerpo y escala, resultando inconsistente la referencia hecha al grado o categoría, cuando estos elementos en el sistema de función pública resultan propios de la carrera horizontal y

¹⁰⁷⁸ De hecho, la última jurisprudencia en esta materia parece optar por aplicar las figuras generales previstas en el EBEP, tal como se puede ver en la SSTSJ de Castilla y León, Burgos, de 6 de junio de 2016, ROJ: STSJ CL 2281/2016; y de Galicia de 1 de marzo de 2017, ROJ: STSJ GAL 1883/2017.

¹⁰⁷⁹ En las leyes de las comunidades autónomas la habilitación prevista en el artículo 73.2 EBEP 2015 con un carácter amplio y general acaba reconvirtiéndose en el supuesto conocido de la atribución temporal de funciones, tal como puede verse en el artículo 81 LEPCM y 125 LFPE.

difícilmente puedan ser considerados conceptos propios que acoten vertical o horizontalmente las tareas a realizar¹⁰⁸⁰.

Dicha operación de asignación de funciones se habrá de considerar un ejercicio del poder de dirección realizado por la Administración en base a estrictas necesidades del servicio que se habrán de justificar concretamente y a la acreditación de una serie de conocimientos técnicos o especializados que permitan suponer la existencia de una equivalencia funcional referida a la estructura profesional, elementos que no pueden ser desvirtuados por una lectura estricta de las tareas correspondientes al puesto de trabajo desempeñado realizada en interés propio al margen de las necesidades de los servicios, ya que dicha atribución presupone la asignación de nuevos cometidos, además de los ya desempeñados¹⁰⁸¹.

El traslado o la adscripción de puesto de trabajo como supuestos de movilidad funcional plantean una problemática distinta. De entrada hay que advertir de que dicha figura resulta ser una adaptación última de la primitiva redistribución de efectivos prevista en el artículo 59 RPPAE¹⁰⁸². En todo caso, el artículo 81.2 EBEP 2015 habilita al traslado forzoso del funcionario y el cambio de la adscripción de su puesto de trabajo de forma directa, sin necesidad de que venga previsto o enmarcado en un plan de ordenación de recursos humanos que solo resulta necesario cuando implique cambios de residencia, y sin que haga falta una disposición legal o reglamentaria que se pronuncie al respecto¹⁰⁸³.

En el artículo 81.2 EBEP 2015, el traslado está sujeto a una serie de requisitos esenciales:

a) La referencia se hace a tres movimientos distintos: 1) al traslado de funcionarios entre puestos de trabajo sin concreción de su naturaleza pero que puedan considerarse equivalentes; 2) al traslado también de destino conservando el mismo puesto; 3) a la adscripción del puesto y de su titular a un centro orgánico, lo que en cualquiera de los casos explicitados implica siempre

¹⁰⁸⁰ ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep. Planificación de los recursos humanos, *ob.cit.* p. 271.

¹⁰⁸¹ Sobre la necesidad de justificar expresamente las necesidades del servicio que justifican el ejercicio del poder de dirección en esta material, STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de mayo de 2012, ROJ: STSJ CL 2679/2012; la consideración de la atribución de funciones como una operación técnica adoptada en base a conocimientos especializados, lo que parece sugerir su amparo bajo la conceptualización de la llamada discrecionalidad técnica, en la STSJ de Murcia de 31 de enero de 2002, ROJ: STSJ MU 250/2002.

¹⁰⁸² Lo que explica que en las leyes de función pública de las comunidades autónomas se siga hablando de redistribución de efectivos y movilidad por cambio de adscripción de puestos de trabajo, tal como se hace en el artículo 73 LEPC-LM y el artículo 126 LFPE.

¹⁰⁸³ ARROYO YANES, Luis Miguel. “La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público”. DEL REY GUANTER, Salvador (Dirección). Madrid: La Ley, 2008, p. 843

un cambio de lugar de trabajo y una alteración del contenido funcional de la prestación realizada¹⁰⁸⁴.

b) La operación de traslado está explícitamente subordinada a las necesidades del servicio o funcionales, y ha de ser, por tanto, expresa y concretamente motivada en dichas causas justificadoras, aunque su fundamento último pueda de encontrarse en las potestades de organización y dirección de la Administración y, más concretamente, en sus facultades para la asignación eficiente y adecuada de sus recursos humanos.

c) Dicho traslado puede darse entre unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintas a las de su destino, aunque vinculadas o dependientes de su Administración matriz, dado que la movilidad entre Administraciones públicas se regula en otro precepto como puede ser el artículo 84 EBEP 2015.

d) Conlleva el obligado respeto de las retribuciones y condiciones esenciales de trabajo preexistentes, un concepto este que resulta inespecífico en nuestro sistema de función pública pero que parece correr parejo del de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo contenido en el artículo 41 ET.

e) El traslado en ningún caso puede implicar un cambio de lugar de residencia¹⁰⁸⁵.

En todo caso, la idea esencial, común a los tres movimientos citados, es el cambio de lugar de trabajo, y, más concretamente en el caso del traslado, el cambio a un nuevo puesto de trabajo, lo que puede conllevar modificación de las funciones, tareas y responsabilidades desempeñadas por el funcionario que en todo caso han de resultar adecuadas a su clasificación profesional, sin

¹⁰⁸⁴ El traslado entre puestos de trabajo y la adscripción del puesto de trabajo se dibujan con nitidez en el artículo 81.2 EBEP, en cambio cuesta más identificar el proceso por el que se adscribe una persona que constituye una dotación de un puesto de trabajo a otro centro orgánico, unidad o grupo funcional sin que ello suponga variar de puesto de trabajo, lo que puede suponer un cambio de centro de trabajo y una alteración del contenido funcional de las tareas realizadas en base a la especialización del centro orgánico o unidad al que se ha sido adscrito. Nuestra doctrina judicial suele subsumir en un concepto amplio de movilidad funcional la operación descrita, aunque también se refiere a ella como traslado o asignación funcional. Para una buena descripción de la conflictividad generada por este tipo de adscripciones funcionales, nos remitimos a la SJCA N° 1 de Lleida de 25 de Marzo de 2015, ROJ: SJCA 228/2015, donde se advierte, con evidente acierto, que hay que distinguir los traslados de los supuestos de movilidad en los que no hay cambio de puesto de trabajo sino cambio de servicio. En la misma dirección, la STSJ del País Vasco de 17 de junio de 2015, ROJ: STSJ PV 1896/2015, donde se recuerda que el cambio de grupo de trabajo no supone un cambio de puesto de trabajo aunque sí puede suponer una modificación en el haz de tareas que integran el contenido funcional del puesto, recordando al efecto que el funcionario tiene la obligación de desarrollar cualquiera de las tareas correspondientes a los grupos de trabajo hipotéticamente posibles.

¹⁰⁸⁵ Un concepto de carácter indefinido que en cambio el artículo 73.4 LEPC-LM resuelve advirtiendo que la movilidad forzosa se da en el territorio de una provincia, mientras que cualquier otro tipo de redistribución o movilidad por cambio de adscripción ha de llevarse a cabo con la conformidad expresa del funcionario.

que el derecho al cargo garantice al funcionario público el desempeño de un mismo contenido funcional durante el tiempo que dure la relación estatutaria.

Si nos planteamos ahora ir más allá podemos advertir de inmediato las líneas de tensión que se entrecruzan al efecto:

a) El traslado, o si se quiere, la redistribución de efectivos, debería darse entre puestos de idéntica o análoga naturaleza existentes en la correspondiente relación, lo que parece indicar que las adscripciones derivadas de su utilización pueden darse de una forma natural entre puestos no singularizados pero también entre puestos singularizados que cuenten con el mismo sistema de provisión¹⁰⁸⁶.

b) En cualquier caso, el funcionario conserva siempre la clasificación propia de su estructura profesional, lo que se altera es el puesto o el destino, pero no la plaza¹⁰⁸⁷.

c) Las normas que resultan de aplicación no señalan ningún elemento expreso de determinación de los funcionarios que han de ser objeto de un procedimiento de traslado o redistribución de efectivos, aunque la doctrina judicial parece apuntar la necesidad de dotarse en estos supuestos de criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad de los efectivos existentes¹⁰⁸⁸.

d) Resulta esencial que la decisión administrativa de movilidad se motive expresa y concretamente en necesidades del servicio, es decir, en verdaderas necesidades de la organización que hayan de prevalecer sobre los intereses y las expectativas del personal afectado, motivación que se constituye en un requisito esencial del acto administrativo, sin cuyo aportación carece de validez por no responder a una necesidad real y objetiva fundada en la

¹⁰⁸⁶ Interesa resaltar al respecto que la figura propia de la redistribución de efectivos se produce inicialmente en el artículo 59.1 RIPP AE, entre funcionarios que ocupen puestos de trabajo no singularizados. Una limitación que ha desaparecido en el artículo 81.2 EBEP 2015. De aquí que el artículo 73.1 LEPC-LM aclare de una forma más pertinente que la redistribución de efectivos se hará a otros puestos de la misma naturaleza, siempre que la forma de provisión de los referidos puestos sea la misma.

¹⁰⁸⁷ STSJ de Andalucía, Granada, de 23 de febrero de 2016, ROJ: STSJ AND 2251/2016.

¹⁰⁸⁸ STSJ de Cantabria de 3 de junio de 2002, JUR/2002/223811. La STSJ de Murcia, 29 de febrero de 2016, ROJ: STSJ MU 486/2016, enfatiza otros criterios relacionados con el sistema de provisión temporal del puesto, dando prioridad en el mantenimiento del puesto a los funcionarios de carrera de la propia Administración que ocupan sus puestos de trabajo de forma definitiva a través de un concurso de méritos. Contrariamente, la STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2010, ROJ: STSJ M 19124 señalara que la movilidad por cambio de adscripción no exige la expresión de los criterios para determinar el orden de prioridad, siendo lo único que se demanda que la cobertura del puesto se realice con un funcionario que reúna los requisitos de desempeño. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014, ROJ: STSJ CV 1547/2014, constatará también que los representantes de los funcionarios no están exentos de las medidas de movilidad que puedan adoptarse con carácter objetivo encaminadas a lograr una gestión más eficaz y eficiente de los recursos humanos, siempre que sean razonables y no generen ningún daño desproporcionado.

persecución de la mayor eficacia del servicio público¹⁰⁸⁹; aquí hay que subrayar la importancia del concepto “necesidades del servicio” en el que deben inscribirse las razones motivadoras de la decisión, ya que es importante hacer ver que ese concepto tiene como virtualidad limitar el ámbito de la decisión administrativa a los supuestos en los que existan razones de racionalidad, economía y eficiencia en la prestación de los servicios implicados, en el bien entendido de que cabe abundar en la limitación de la capacidad de la decisión administrativa entendiendo que la referencia a la necesidad del servicio se proyecta también sobre la medida adoptada, de manera que ha de presentarse no solo como una decisión tomada en base a su eficacia, sino también como necesaria, lo que implica la comprobación de que no haya otra menos perjudicial para los interesados y con el mismo potencial de efectividad¹⁰⁹⁰.

e) Aunque los procedimientos de movilidad han de respetar las retribuciones del funcionario, resulta claro que sus efectos pueden proyectarse sobre aquellas retribuciones complementarias distintas a las percibidas en su puesto de origen en función de determinados factores que pueden llegar a retribuir las condiciones concretas en que se desarrolla el trabajo; así por ejemplo, pueden existir determinadas especialidades de turnicidad, nocturnidad, festividad o localización que el nuevo puesto no posea, lo que lógicamente puede dar lugar a una corrección retributiva en función de la acreditación de circunstancias más o menos gravosas o penosas que son las que en última instancia dan lugar a la justificación de las correspondientes percepciones retributivas¹⁰⁹¹.

f) De la misma manera, dichos procedimientos de movilidad han de respetar las condiciones esenciales de trabajo, pero el cambio de puesto de trabajo o el cambio de adscripción del puesto de trabajo puede comportar la incorporación a un nuevo puesto o centro orgánico con un régimen horario distinto o con una diferente secuencia de días o turnos concretos de prestación servicios, sin que dichos cambios deriven de una modificación objetiva sino que resultan ser una consecuencia lógica de lo establecido para el puesto o el órgano al que se ha sido destinado

¹⁰⁸⁹ STSJ de Aragón de 2 de marzo de 2009, ROJ: STSJ AR 161/2009; la STSJ de Andalucía, Granada, de 24 de octubre de 2011, ROJ: STSJ AND 12662/2011, advertirá que la redistribución de efectivos: “precisa de un procedimiento al efecto y una resolución concreta y debidamente motivada que dé cuenta de las razones de optimización que justifica el cambio de destino”.

¹⁰⁹⁰ STSJ de Cantabria de 29 de febrero de 2016, ROJ: STSJ CANT 193/2016.

¹⁰⁹¹ STSJ de Extremadura de 30 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ EXT 1555/2013. Lo mismo sucede con el complemento de productividad que no puede existir a modo de una retribución personal, con independencia del puesto de trabajo efectivamente desempeñado y de la actividad desarrollada en el mismo, como se dice en la STSJ de Galicia de 19 de febrero de 2014, ROJ: STSJ GAL 824/2014.

o adscrito, en el bien entendido de que han sido establecidos en interés del servicio de acuerdo con la función desarrollada en el mismo¹⁰⁹².

g) La movilidad por traslado o redistribución de efectivos no puede implicar un cambio del lugar de residencia del funcionario pero sí un cambio de centro de trabajo, por considerarse incluida la decisión dentro del ámbito del poder de dirección siempre que se acrediten las circunstancias invocadas para efectuar el referido cambio y no se incurra en abuso de derecho, fraude de ley o violación de los derechos fundamentales. Lógicamente, un cambio de centro de trabajo en la misma localidad no implica un cambio de residencia¹⁰⁹³. A partir de ahí el precepto se oscurece dada su natural indefinición, ya que ninguna norma nos dice cuándo un cambio de puesto presupone un cambio de residencia. El significado del concepto residencia remite al domicilio habitual del empleado y puede utilizarse el criterio de la ubicación del nuevo centro de trabajo en una localidad distinta para calificarlo. Sin embargo, la legislación del Estado en materia de función pública más próxima a la fecha de entrada en vigor del Estatuto Básico del Empleado Público, concretamente el artículo 20.1.c) LMRFP, había utilizado el criterio de la provincia o la isla como ámbito territorio válido para utilizar la figura del traslado. En contrapartida, la doctrina judicial había llegado a rechazar la utilización de delimitaciones administrativas sectoriales que desbordaran el estricto ámbito provincial¹⁰⁹⁴. En todo caso, se había evitado la confusión entre desplazamientos del funcionario por razón del servicio para realizar sus cometidos profesionales y desplazamientos del domicilio habitual, entendiendo que los primeros formaban parte implícita de las tareas instrumentales propias del puesto de trabajo que se desempeñaba, mientras que los segundos derivaban en una verdadera movilización del funcionario¹⁰⁹⁵. Pero más allá de los matices citados, la falta de concreción permanece en el articulado del EBEP y habrá que estar a las especificaciones contenidas en los acuerdos colectivos y al caso concreto debiendo primar el sentido común y el recto criterio.

h) El ejercicio de dichas potestades parece resultar compatible con la existencia de procedimientos y actos informativos de publicidad interna a través de los cuales se promueve la detección de funcionarios interesados en el desempeño de funciones en las unidades donde existan necesidades del servicio que permiten la presentación de solicitudes para que se tenga

¹⁰⁹² En esta dirección, la STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2003, AS/2004/936, sin que ello resuelva lo que se ha de entender por condiciones de trabajo sustanciales en los casos de movilidad de los funcionarios públicos.

¹⁰⁹³ SSTs de 9 de febrero de 2010, ROJ: STS 959/2010; y de 12 de julio de 2016, ROJ: STS 3911/2016. En la misma dirección, la STSJ de Madrid 9 de octubre de 2013, ROJ: STSJ MAD 18404/2013

¹⁰⁹⁴ Era el caso de las áreas sanitarias que podían llegar a incorporar dos o tres provincias limítrofes, tal como se puede ver en la STS de 14 de febrero de 2012, ROJ: STS 1651/2012.

¹⁰⁹⁵ STSJ de Madrid de 12 de julio de 2013, ROJ: STSJ M 12010/2013.

en cuenta la voluntad de los interesados sin que ello presuponga la articulación de un sistema de concursos de traslado que pudiera acabar sustituyendo las formas ordinarias de provisión¹⁰⁹⁶.

i) En especial, el cambio de adscripción del puesto de trabajo implica un cambio en la estructura administrativa que puede ampararse perfectamente en el ámbito propio de las potestades de organización¹⁰⁹⁷.

Como se ha dicho la provisión temporal o provisional de puestos de trabajo se fundamenta hoy en el artículo 81.3 EBEP 2015, donde se advierte que en caso de urgente e inaplazable necesidad, los puestos de trabajo podrán proveerse con carácter provisional debiendo procederse a su convocatoria pública dentro del plazo que señalen las normas que serán de aplicación.

En la legislación básica del Estado anterior al EBEP no existía un precepto con rango legal que regulara la provisión temporal o provisional de puestos de trabajo. Como ya se ha dicho, estas otras formas de provisión fueron introducidas por el RIPP AE que contenía las prescripciones siguientes:

a) El artículo 63 RIPP AE articulaba la llamada adscripción provisional en los supuestos de remoción o cese en un puesto de trabajo obtenido por concurso o libre designación, supresión del puesto de trabajo y reingreso al servicio activo de un funcionario sin reserva de puesto de trabajo.

b) El artículo 64 RIPP AE se refería a las comisiones de servicios de carácter voluntario y forzoso que deberían utilizarse para la provisión de puestos de trabajo vacantes, en casos de urgente e inaplazable necesidad, con una duración máxima de un año prorrogable por otro en caso de no haberse cubierto el puesto con carácter definitivo.

c) Finalmente, el artículo 66 RIPP AE establecía la atribución temporal de funciones para el desempeño en comisión de servicios de funciones especiales que no estuvieran asignadas específicamente a los puestos incluidos en las relaciones de puestos de trabajo o para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal u otras razones

¹⁰⁹⁶ SAN de 14 de noviembre de 2012, ROJ: SAN 4593/2012, SAN de 10 de marzo de 2014, ROJ: SAN 910/2014, y STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2014, ROJ: STSJ M 2007/2014.

¹⁰⁹⁷ STSJ de Cataluña de 25 de enero de 2012, ROJ: STSJ CAT 124/2012.

coyunturales, no pudieran ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que desempeñen con carácter permanente los puestos de trabajo que tuvieran asignadas dichas tareas¹⁰⁹⁸.

A nuestro entender el elemento básico y caracterizador de las formas de provisión temporal es la urgencia e inaplazable necesidad en la solución de problemas urgentes en la provisión de puestos de trabajo, inducidos por las necesidades de servicio, pero también los que pudieran derivarse de las condiciones que han venido en concurrir en un determinado funcionario. En otras palabras: se trata de resolver situaciones urgentes e inaplazables de provisión de puestos cuyo desempeño se considera necesario para la organización¹⁰⁹⁹.

Dichas situaciones pueden darse como consecuencia de una particular situación que afecta al funcionario, como puede ser la remoción o el reingreso, o como expresión de una necesidad funcional de la propia Administración, como sería el caso de las funciones no cubiertas o no cubiertas suficientemente.

La utilización de dichos mecanismos presupone siempre una serie de requisitos como pueden ser los siguientes:

- a) El funcionario movilizado ha de reunir los requisitos establecidos para el desempeño del puesto de trabajo o de las funciones que se le puedan asignar.
- b) Su nombramiento se ha de justificar en la urgente e inaplazable necesidad de la cobertura del puesto o de las funciones que se deben desempeñar y puede requerir la acreditación expresa y concreta de determinadas situaciones objetivas que se constituyen en verdaderos hechos determinantes que actúan como presupuesto legitimador de estas otras formas de provisión consideradas excepcionales¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ Las leyes de función pública de las comunidades autónomas han aportado relativamente poco a este esquema esencial, aunque hay que destacar la novedad que presenta algunas figuras introducidas en la legislación valenciana como pueden ser las siguientes: a) Los nombramientos provisionales por mejora de empleo previstos en el artículo 107 LFPV que permiten al personal funcionario que reúna los requisitos de titulación desempeñar puestos de trabajo no ocupados adscritos a un cuerpo o escala distinto al de pertenencia; b) la adscripción temporal del artículo 107 LFPV que permite asignar funcionarios por necesidades del servicio a unidades orgánicas o funcionales distintas, por un plazo máximo de un año, prorrogable por otro, siempre que no suponga cambio de localidad o de situación administrativa.

¹⁰⁹⁹ Tal como se dice en la STS de 19 de junio de 2000, RJ/2001/4095.

¹¹⁰⁰ Sin duda la urgencia y la necesidad resultan ser elementos indeterminados cuya apreciación corresponde a la Administración en el ejercicio de sus potestades de organización, pero hay que tener en cuenta que la aplicación de estas otras formas de provisión exige que se reúnan las condiciones exigidas para su utilización como pueden ser la supresión de un puesto de trabajo para el caso de la adscripción temporal, la previa convocatoria de un concurso para la provisión de un puesto de trabajo que se declare desierto y sea urgente para el servicio su provisión o el mayor volumen de tareas que demanda el uso de la atribución temporal de funciones, como se advierte en las SSTSJ de Madrid de 12 de febrero de 2010, JUR/2010/234953; de Madrid de 7 de febrero de 2014, ROJ: STSJ M

c) Los nombramientos se han de considerar estrictamente temporales sin que pueda prolongarse indefinidamente pretendiendo obviar la utilización de las formas ordinarias y habituales de provisión de puestos, de manera tal que se acaben convirtiendo los modos provisionales en instrumentos generales para la provisión de puestos vacantes¹¹⁰¹.

d) La adopción de las decisiones relacionadas con la cobertura provisional de puestos de trabajo no parece necesitar de expediente contradictorio, ni de publicidad, ni de convocatoria de provisión¹¹⁰².

e) El cese de un nombramiento provisional no es una facultad libre, las normas que regulan estas situaciones conducen a pensar que la finalización de la cobertura provisional ha de ser consecuencia de la provisión definitiva del puesto por los sistemas ordinarios o de la acreditación de la inexistencia de las circunstancias de urgencia y necesidad que indujeron el nombramiento¹¹⁰³.

f) Las situaciones de los afectados por las medidas provisionales deben resolverse con adecuación a los principios de la función pública, es decir, con respeto a las funciones y tareas propias de la profesión, los niveles retributivos básicos y las expectativas de carrera, incluyendo, si caben, las indemnizaciones a que se tenga derecho por razón de servicio¹¹⁰⁴.

g) La decisión por la que se resuelve que un puesto o función sea cubierta provisionalmente no tiene un contenido equiparable a “los criterios generales de acceso, carrera o provisión de puestos de trabajo” que previene el artículo 37.1.c) EBEP, y, por tanto, no ha de objeto de negociación¹¹⁰⁵.

2007/2014; de Islas baleares de 27 de enero de 2014, ROJ: STSJ BAL 38/2014; de Cantabria de 12 de marzo de 2014, ROJ: STSJ CANT 277/2014; y en la SJCA Nº 3 de Málaga de 11 de enero de 2017.

¹¹⁰¹ STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2002, JUR/2002/234741. La STSJ de Andalucía, Granada, de 20 de enero de 2014, ROJ: STSJ AND 301/2014, llegará a afirmar que el uso exclusivo y prolongado para la provisión de un gran número de puestos de trabajo de los mecanismos excepcionales de la comisión de servicios y la adscripción provisional afecta al derecho al cargo legalmente previsto, advirtiendo que la generalidad y la duración prolongada de dichas figuras representa un fraude de ley que trata de eludir la aplicación de los principios de igualdad y mérito.

¹¹⁰² SSTSJ de Cataluña de 16 de junio de 2014, ROJ: STSJ CAT 6645/2014; y de 20 de enero de 2015, ROJ: STSJ CAT 2787/2015, precisamente en esta última se advierte que el Alcalde es la autoridad competente en todo lo relacionado con la movilidad interna del personal municipal, como pueden ser las adscripciones, asignaciones de funciones y ceses.

¹¹⁰³ STSJ de la Comunidad Valenciana de 23 de febrero de 2015, ROJ: STSJ CV 776/2015, y STSJ de Galicia de 6 de mayo de 2015, ROJ: STSJ GAL 3270/2015.

¹¹⁰⁴ STSJ de Cataluña de 16 de junio de 2014, ROJ: STSJ CAT 6645/2014.

¹¹⁰⁵ STSJ de Madrid de 25 de septiembre de 2015, ROJ: STSJ M 11086/2015.

8.9. Poder de dirección y modificación de las condiciones esenciales de trabajo

El concepto condiciones de trabajo es una noción extraña al sistema estatutario. Aparecido en la Ley 9/1987, de 12 de marzo, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, la noción condiciones de trabajo se utiliza como un denominador común de las materias que pueden ser objeto de negociación.

En nuestro caso, el concepto “condiciones de trabajo” resulta ser un límite para los procesos de movilidad del personal funcionario de carrera que regula el artículo 81 EBEP 2015. Los traslados de los funcionarios se podrán realizar respetando las condiciones esenciales de trabajo, planteamiento que como ya se ha dicho parece replicar el concepto condiciones sustanciales de trabajo propio de la doctrina laboral y que se describe en el artículo 41 ET.

Desde una perspectiva formal el concepto condiciones parece remitirse a las circunstancias de la relación de empleo, circunstancias que en ordenamiento laboral son condiciones contractuales y en ordenamiento estatutario son condiciones fijadas de una forma general e impersonal para cada grupo o categoría de agentes a través de la sucesiva combinación de normas jurídicas e instrumentos de ordenación del personal.

Este resulta ser un dato esencial en el momento en que se quiera abordar la modificación de las condiciones de trabajo en base a la potestad de organización de la Administración. En el régimen estatutario no existen contratos y los funcionarios tienen las condiciones de trabajo que en cada momento se les pueda reconocer en base a una regla de derecho objetivo, es decir, una norma o a un instrumento de estructuración de los recursos humanos. Por tanto, la situación jurídica del funcionario quedará establecida por un acto ordenador de los poderes públicos dictado en interés del servicio, sin que venga determinada por un contrato de trabajo o un acto de reconocimiento del empresario de una determinada situación individual. Cuestión distinta es que dicho acto puede dejar un mayor o menor margen de concreción por determinar o especificar en base a las potestades de dirección propias de la relación jerárquica. Por lo tanto, el alcance real del ámbito de la actuación de la facultad modificativa se hace depender en última instancia de la mayor o menor eficacia reguladora que alcancen las normas de derecho objetivo, los instrumentos de estructuración del personal y los acuerdos colectivos, de manera que a una mayor precisión de los mismos, se dará un menor poder de disposición sobre las condiciones de trabajo existentes en la propia Administración.

Si avanzamos un paso más, casi podríamos decir que las condiciones de trabajo a las que parecen referirse los preceptos estatutarios que ordenan la movilidad de los funcionarios públicos se establecen a través de las relaciones de puestos y de los acuerdos colectivos. Por tanto, las condiciones de trabajo establecidas en dichos acuerdos e instrumentos estructuradores se configuran como límites estrictos a las medidas de movilidad que puedan adoptar las Administraciones en base a sus potestades de organización y dirección. Lógicamente, la modificación de dichas condiciones solo será posible a través de las vías establecidas al efecto, es decir, a través una modificación del acuerdo colectivo o de la relación de puestos que mientras tanto conservaran toda su eficacia ordenadora.

No obstante, ha de entenderse que al margen de su sistema de disposición las modificaciones de las condiciones de trabajo que quedan vedadas a las facultades de dirección son aquellas que se proyectan sobre las condiciones esenciales de trabajo, condiciones que en buena lógica serían las únicas que deberían establecerse por los pertinentes instrumentos de ordenación del personal. Por tanto, lo que no se puede alterar son las condiciones de trabajo esenciales, pero sí se podrían modificarse las que no se consideren esenciales siempre que no estuvieran amparadas por acto ordenador, lo que implica saber cuáles son esas condiciones de trabajo esenciales y cuál es el concepto de modificación.

En esa dirección, una indudable referencia puede ser el artículo 41 ET, que configura como condiciones de trabajo que pueden ser objeto de una modificación sustancial las materias relacionadas con la jornada de trabajo, el horario y distribución de tiempos de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y la cuantía salarial, el sistema de trabajo y rendimiento, y las funciones cuando excedan de los límites de la movilidad ordinaria. No obstante, hay que señalar que esta no es una lista cerrada, el artículo 41.1 ET, advierte expresamente de que dichas modificaciones tendrán la consideración de sustanciales, “entre otras”, de manera que se puede introducir cualquier otra modificación sobre cualquier otra materia a las ya citadas.

Con todo, en esta cuestión parece relevante un matiz. En el ordenamiento jurídico laboral, como ya hemos tenido ocasión de exponer, lo que es sustancial es la modificación no su objeto, es decir, la condición modificada, sino la entidad, notoriedad o trascendencia del cambio sobre la misma¹¹⁰⁶. En buena lógica, este criterio resulta fundamental para afirmar la relatividad de la

¹¹⁰⁶ Por todos, TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. “Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”. *Actualidad Laboral*. Nº 21, 2012, p. 3. La sustancialidad se predica de la modificación y no de las

lista de materias contenida en el artículo 41 ET, por lo que la inclusión en la misma no presupone automáticamente la sustancialidad del cambio, con lo que puede haber modificaciones sustanciales que afecten a materias que no se incluyan en dicha lista.

En el artículo 81.2 EBEP 2015, la literalidad de la norma resulta evidente, lo que ha de ser sustancial no es la modificación sino la condición de trabajo afectada por la misma. Pero a nuestro entender no deberíamos dar una excesiva importancia a la divergencia expuesta ya que al final lo más sensato es afirmar, en línea con lo propuesto en apartados anteriores, que va a poder detectarse un cambio en las condiciones de trabajo esenciales en base a una adecuada combinación de los dos factores: la esencialidad de la condición y la sustancialidad del cambio preconizado. A dichos factores habrá que sumar otro y es que la modificación pueda resultar lesiva para el funcionario hasta el punto de causarle un evidente y notorio perjuicio que no tenga la obligación de soportar, factor que hace entrar en juego otras cuestiones como pueden ser la valoración de la duración de la modificación y sus posibles modificaciones, lo que puede llevar a implicar afectaciones no esenciales o accidentales y temporales. Por tanto, se ha de prestar también atención a la intensidad cualitativa de la modificación, a su importancia y trascendencia para los derechos de los funcionarios, a su proyección temporal y a las eventuales compensaciones que se pueden articular al respecto¹¹⁰⁷.

En definitiva, hoy por hoy, la sustancialidad o no de una modificación sobre una condiciones esencial de trabajo se nos aparece como un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser objeto de interpretación con la inseguridad jurídica que ello siempre entraña, debiendo acudir a una interpretación caso por caso a la vista de las concretas y precisas circunstancias. Lo que sí parece es que debería reservarse esta noción para aquellas modificaciones que resulten ser de tal naturaleza que alteren los aspectos fundamentales del desempeño de un puesto, pasando a ser otros distintos de un modo evidente y notorio¹¹⁰⁸.

En todo caso, parece que las modificaciones de condiciones de trabajo no esenciales, de carácter no sustancial, que pueden llegar a afectar a un número reducido de funcionarios y que tengan cabida dentro de las prescripciones de los instrumentos ordenadores, se han de considerar

condiciones de trabajo, no existiendo “a priori” condiciones de trabajo, no sustanciales, sino modificaciones sustanciales o accesorias, dependiendo de su intensidad.

¹¹⁰⁷ LORENTE RIVAS, Antonio. Las modificaciones sustanciales del contrato, *ob.cit.*, p. 229-247; TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. Concepto y alcance de la modificación, *ob.cit.* p. 4.

¹¹⁰⁸ VALLEJO DACOSTA, Ruth. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*. Madrid: CES, 2002, p. 197-199; TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. La modificación unilateral de condiciones de trabajo, *ob.cit.*, p. 17.

incluidas dentro de las potestades de organización¹¹⁰⁹. Sin embargo, la alteración de condiciones de trabajo que afecten a una pluralidad de funcionarios dentro de un ámbito local, comunitario o estatal habrá de seguir el camino de la modificación de los correspondientes instrumentos de ordenación o acuerdos colectivos para lo que será necesaria la pertinente negociación, ya que en la mayoría de las ocasiones modificar dichas condiciones será igual a modificar el contenido del instrumento o del acuerdo colectivo¹¹¹⁰.

Existe, pues, un ámbito del poder de dirección que se proyecta sobre la modificación de las condiciones de trabajo no esenciales o accesorias de los funcionarios, en cuya consideración podemos advertir, a la vista siempre de los escasos pronunciamientos existentes al efecto, algunos datos que pueden describirse en los epígrafes siguientes:

a) El traslado de personal a un centro de trabajo distinto, siempre que dicho no exija cambio de residencia, ni comporte cambio de categoría profesional, se considera a todos los efectos como una simple modificación accidental de condiciones de trabajo que resulta expresiva del poder de dirección¹¹¹¹.

b) No supone una modificación de condiciones de trabajo la asignación de puestos de trabajo a unidades organizativas más amplias que permiten la movilidad interna entre diferentes dependencias y edificios de una determinada Administración pública¹¹¹².

c) No supone un cambio de condiciones de trabajo, las meras adaptaciones funcionales de efectivos que resulten precisas por la existencia de un cuadrante que identifique los días concretos en que cada turno ha de prestar servicios¹¹¹³

d) En cambio, los sistemas de calendario laboral y encuadre de destinos que incorporen alteraciones sustanciales de horarios y días de trabajo previamente definidos han de ser objeto de negociación¹¹¹⁴.

¹¹⁰⁹ La STSJ de Extremadura de 19 de febrero de 2009, JUR/2009/188950, distingue entre la modificación de condiciones de trabajo que afecta a un funcionario o a un grupo de funcionarios y las que afectan a los funcionarios incorporados a un ámbito territorial de negociación para los que el artículo 37.1 EBEP exige negociación.

¹¹¹⁰ Como se advierte en SÁEZ LARA; Carmen. “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”. *Temas Laborales*. Nº 115, 2012, p. 233. Aquí conviene recordar aquellas tesis en las que se sostiene que la sustancialidad de una modificación viene condicionada también por la norma o instrumento jurídico que origina la condición que se modifica, como se señala en PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo. “La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”. *Temas Laborales*. Nº 118/2013, p. 37.

¹¹¹¹ SSTS de 9 de febrero de 2010, ROJ: STS 959/2010, y de 12 de julio de 2016, ROJ: STS 3911/2016.

¹¹¹² STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2013, ROJ: STSJ CL 2032/2013.

¹¹¹³ STSJ de Castilla-La Mancha, Albacete, de 10 de marzo de 2017, ROJ: STSJ CL 613/2017, y STSJ de Madrid de 19 de junio de 2013, ROJ: STSJ M 7309/2013.

¹¹¹⁴ STSJ de Asturias de 14 septiembre de 2012, ROJ: STS AS 3490/2012.

e) La modificación del tipo de jornada, de continuada a partida, aun cuando no se altere su duración, supone una modificación que se halla sujeta a negociación¹¹¹⁵.

f) Las redistribuciones de efectivos que afectan a casi la totalidad de la plantilla municipal con numerosas adscripciones provisionales y geográficas han de ser objeto de negociación¹¹¹⁶.

8.10. Poder de dirección y códigos de conducta

Sin duda los códigos de conducta pueden resultar instrumentos adecuados para responder a las exigencias del derecho a una buena administración o para mejorar la integridad de las organizaciones públicas y prevenir conductas corruptas articulando principios, valores y criterios que permitan la resolución de posibles conflictos de intereses¹¹¹⁷.

Pero también el código de conducta puede ser un código de comportamiento que tenga un indudable impacto sobre las obligaciones de servicio determinando de manera clara lo que se considera un correcto cumplimiento de la prestación laboral contribuyendo de esta manera a especificar los deberes de una determinada categoría de sujetos, posibilitando también el control del cumplimiento y la correcta aplicación de los mismos¹¹¹⁸.

De hecho, los códigos de conducta resultan ser un instrumento de especificación de la obligación de servicio y de determinación de su modo de cumplimiento. Es más, el código de conducta que se reproduce en los artículos 52, 53 y 54 EBEP, es un conjunto de reglas y principios que ordenan directamente la conducta de los funcionarios en base a una serie de disposiciones definidas unilateralmente por la ley básica del Estado, sin perjuicio de que dicho código general pueda ser concretado o especificado por códigos singulares de cada una de las Administraciones, de manera que el del EBEP asuma la naturaleza de una disposición marco

¹¹¹⁵ SJCA N° 17 de Barcelona, de 30 de julio de 2013, ROJ: SJCA 1191/2013.

¹¹¹⁶ STSJ de Murcia de 30 de mayo de 2013, ROJ: STSJ MU 1339/2013.

¹¹¹⁷ Tal como se propone por una extensa literatura entre la que debemos destacar las aportaciones de VILLORIA MENDIETA, Manuel. “Ética postconvencional e instituciones en el servicio público”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. N° 117/2007, p. 109-149; PONCE SOLÉ, Juli. “Códigos éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales”. En VILLORIA MENDIETA, Manuel; FORCADELL ESTELLER, Xavier (Dirección y coordinación). *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*. Madrid: Tecnos, 2016, p. 257-286; JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. N° 5, 2013, p. 46-67; JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: alguna experiencias”. *Cuadernos de Derecho Local*. N° 43, 2017, p. 160-199.

¹¹¹⁸ Véase al respecto las interesantes reflexiones contenidas en el trabajo de BLASCO DÍAZ, José Luis. “El Código de comportamiento de los empleados públicos italianos de 28 de noviembre de 2000”. *Revista de Administración Pública*. N° 158, 2002, p. 431-441.

sobre la que los responsables de cada estructura pública promuevan un sistema propio aportando eventuales especificaciones y complementos, y asumiendo la función de supervisión y control de su cumplimiento, todo ello, como ahora se dirá, con independencia de la efectividad directa que puedan tener los preceptos del EBEP que aparecen como configuradores de los deberes de los empleados públicos al margen de la existencia o no de un concreto instrumento de adaptación a una determinada organización.

En todo caso, el código de conducta de una particular institución puede ser un instrumento de configuración unilateral de los deberes de los empleados públicos, cuya fundamentación última ha de encontrarse en los poderes de dirección y control propios de la Administración. En cierta manera, el código de conducta es una plasmación de la forma concreta en la que se va a desarrollar el poder de dirección y, por tanto, del ámbito sobre el que va recaer el poder de supervisión¹¹¹⁹.

Al margen de eso, conviene advertir de que el Código de conducta como instrumento de determinación y concreción de los deberes de los empleados públicos se establece directamente en la ley básica estatal, forma parte de ella y no depende para su aplicación y exigibilidad de su recepción en un particular instrumento normativo. Es más, el código de conducta como tal es fruto de una decisión propia del legislador sobre el que solo se tiene la capacidad de complemento y concreción, sin que exista ninguna obligación de negociar su aplicación con las organizaciones sindicales, y sin necesidad de una previa asunción de los deberes y principios contenidos en el EBEP en un instrumento propio, mediante el que se pueda pretender, por ejemplo, una aplicación demorada o parcial de las previsiones del EBEP o un condicionamiento de las mismas.

Desde esta lógica, los actos de aplicación de los principios éticos y de conducta constituyen decisiones definitivas de comportamientos de los propios funcionarios dictados en ejercicio del poder de dirección a modo de manifestaciones más o menos concretas de determinación de las obligaciones de servicio que resultan de obligado seguimiento por los empleados públicos, y que se han de considerar vinculantes y jurídicamente exigibles sin necesidad de que exista un complemento o un instrumento específico que demuestre incorporación o adhesión¹¹²⁰.

¹¹¹⁹ Al respecto, ELORZA GUERRERO, Fernando. “El Código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del empleado público”. En *El Estatuto Básico del Empleado Público. II. XIX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 136; CALVO GALLEGOS, Francisco Javier. Códigos éticos y derechos, *ob.cit.* p. 68-69.

¹¹²⁰ En esta dirección, GARATÉ CASTRO, Javier. “Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico”. *Relaciones laborales*. Nº 19, 2008, p. 1-14.

Muestra clara de la expresada relación entre el poder de dirección y el código de conducta es la estrecha relación con la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos. Los códigos de conducta establecen una serie de principios y reglas de conducta, más o menos difusas, más o menos concretas, que nos dibujan un perfil de comportamiento exigible teniendo en cuenta su integración en la prestación de servicio, cuyo incumplimiento presupone una conducta sujeta a responsabilidad disciplinaria.

Tal como dispone el artículo 52 EBEP 2015, los principios y reglas del código de conducta informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos. Por tanto, el mecanismo de gestión que es el código ético promueve conductas deseables y disuade de la realización de otras que se consideran pueden ubicarse en el campo de la responsabilidad disciplinaria¹¹²¹.

Ese es un aspecto capital de la cuestión. La inobservancia de los principios, conductas y comportamientos establecidos en el código ético suscita la imposición de unas medidas disciplinarias y permite concretar los tipos que ya vienen señalados en el sistema legal de faltas y sanciones previsto, reglamentaria o convencionalmente¹¹²². De esta manera los códigos de conducta se pueden acabar constituyendo en un dispositivo para dirigir, supervisar y castigar comportamientos, ya que la mayoría de las conductas prohibidas pueden ser objeto de sanción en base a los tipos generales previstos en la ley, el reglamento o la negociación colectiva, como pueden ser la desobediencia, la desconsideración, la incorrección, la perturbación del servicio, el atentado grave a la dignidad, la falta de rendimiento y el incumplimiento de la jornada y el horario de trabajo.

Al respecto hay que indicar que, hasta el momento los tribunales españoles se han pronunciado sobre estas cuestiones de una manera incidental pero plenamente confirmatoria de la dirección enunciada. La escasa doctrina existente sobre la materia acredita que el código de conducta resulta ser una manifestación del poder de dirección que puede imponer determinadas limitaciones a los derechos de los empleados públicos en la medida en que se desenvuelven en una organización que refleja otros intereses reconocidos como pueden ser los derivados de la satisfacción del interés general o que resulta representativa de necesidades específicas de corte

¹¹²¹ Recordando que en algunos convenios colectivos el capítulo dedicado a la capacidad disciplinaria del empresario se denomina “código de conducta”, MORATÓ GARCÍA, Rosa María. “La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario”. *XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lisboa: 2006, p. 4.

¹¹²² MERINO SEGOVIA, Amparo. “La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: Los códigos de comportamiento ético y empresarial”. *Revista de Derecho Social*. Nº 31, 2005, p. 96-99.

institucional como pueden ser que se garantice la independencia e imparcialidad de los empleados evitando toda posible situación de conflicto de intereses, sin que la posibilidad de que el incumplimiento de dichos códigos sea sancionado de conformidad con lo establecido en las leyes, en los reglamentos y en los convenios colectivos sea constitutiva de una nueva creación o conformación del tipos infractores, limitándose a una mera declaración, por lo demás obvia, cual es que la desatención de determinados deberes en términos de desobediencia que origina una posible infracción disciplinaria¹¹²³.

Sentado lo anterior, puede entenderse la existencia de una constante jurisprudencia que utiliza los valores esenciales propios de la conducta de un empleado público para evidenciar comportamientos que se consideran contrarios a los principios éticos contenidos en el artículo 52, 53 y 54 EBEP 2015, que exigen a los funcionarios deberes de actuación con arreglo a determinados principios como pueden ser la integridad, la ejemplaridad, la honradez y el ajuste de su actuación a los principios de lealtad y buena fe, para encajar determinadas actuaciones en infracciones amplias como pueden ser por, ejemplo, el atentado grave a la dignidad del funcionario¹¹²⁴. Precisamente, la obligación de actuar conforme a criterios de integridad o ejemplaridad del artículo 52 EBEP 2015, o, en su caso, el mandato más específico del artículo 54.1 EBEP 2015, de tratar con atención y respeto a los ciudadanos, a sus superiores y a los restantes empleados públicos, permite también concretar el carácter grave de determinadas infracciones en el tipo preexistente consistente en la desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados¹¹²⁵. Es más, no resulta infrecuente la existencia de una determinada conducta fijada por el código de conducta que acompaña al EBEP, como puede ser la prevista en el artículo 54.3 EBEP 2015, de obediencia a las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, acompañada de la correlativa falta establecida en el régimen disciplinario, como puede ser la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, con lo que la conducta infractora parece encontrar una nueva dimensión y entidad¹¹²⁶.

De esta manera se advierte que determinados preceptos del EBEP y de los reglamentos disciplinarios que describen faltas han de ser interpretados e integrados por los artículos del EBEP que regulan conductas y principios éticos, entendiendo que dada la formulación amplia y abierta con la que se tipifican dichas faltas, como puede ser, por ejemplo, la de perturbación del servicio, las mismas sancionan toda actuación que suponga una falta de responsabilidad,

¹¹²³ STS de 7 de marzo de 2007, RJ/2007/2390.

¹¹²⁴ STSJ de Madrid de 27 de febrero de 2015, ROJ: STSJ M 2067/2015

¹¹²⁵ STSJ de Galicia de 18 de febrero de 2014, ROJ: STSJ GAL 833/2014.

¹¹²⁶ STSJ de Madrid de 28 de julio de 2014, ROJ: STSJ M 10097/2014.

integridad, ejemplaridad y honradez en el cumplimiento de los deberes propios del funcionario que redunde en perjuicio y descredito para la Administración¹¹²⁷.

Más concretamente, se insiste en afirmar que una de las peculiaridades de las sanciones disciplinarias radica en la consideración como ilícitas de las conductas del funcionario que se valoran más con criterios deontológicos que estrictamente jurídicos. Estos estándares deontológicos han de interpretarse como conceptos jurídicos indeterminados por lo que deben concretarse por medio de un análisis concreto de los hechos y de una calificación de los mismos partiendo de los valores expresados en los referidos conceptos jurídicos, para cuya consideración constituye una referencia indudable las expresiones contenidas en los artículos 52 y 53 EBEP sobre el código de conducta sobre ética profesional e imagen pública de la Administración¹¹²⁸.

En consecuencia, se descubre que los principios, valores y normas sobre comportamientos profesionales acaban teniendo una eficacia directa en la relación de servicio y están siendo utilizados para rellenar o justificar el uso de las cláusulas abiertas o de las normas en blanco que tan frecuentes resultan en la definición de los tipos disciplinarios. Sencillamente, los tipos deontológicos justifican la utilización de los tipos disciplinarios en una relación bien conocida y frecuentemente utilizada en el derecho disciplinario de los empleados públicos¹¹²⁹.

De hecho, convendría no olvidar que el contenido de un código deontológico es la definición de los deberes de una categoría de individuos. Pero la inobservancia de dichos deberes no debería ser suficiente de por sí para determinar la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios. Es más, en buena lógica la relación existente entre el código y el régimen disciplinario sería la de individualizar, por parte del segundo, las infracciones correspondientes a las violaciones de los principios y valores establecidos por el primero y así poder graduar su gravedad. Precisamente, la tendencia inversa de lo que parece estar produciéndose en este momento.

Más aún, conviene advertir de que la utilización instrumental de los principios y valores contenidos en los códigos de conducta puede trasladarse también a otros ámbitos, como puede ser, por ejemplo, el de las incompatibilidades, y utilizarse para precisar las causas de incompatibilidad, haciendo surgir nuevos tipos de incompatibilidad derivados, por ejemplo, del

¹¹²⁷ STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2013, ROJ: STSJ CAT 3501/2013.

¹¹²⁸ STSJ de Murcia de 8 de abril de 2011, ROJ: STSJ MU 613/2011.

¹¹²⁹ En esta dirección, CASTILLO BALNCO, Federico A. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Madrid: Civitas, 1992, p. 262-275.

deber de actuación imparcial que se concreta en el artículo 52 EBEP, en base a la posible existencia de conflictos de intereses reales o potenciales que pueden surgir pero que no están expresamente regulados, lo que por cierto resulta muy discutible¹¹³⁰.

9. El poder de control y sus manifestaciones

Como ya sabemos, la Administración puede adoptar las medidas de control necesarias para verificar el desempeño con diligencia de las tareas que tienen asignadas los empleados públicos. La facultad de control se nos aparece como un poder con características comunes en el sector público y en el sector privado, por lo que se puede afirmar que las posibilidades de control afirmadas jurídicamente sobre los trabajadores tienen plena virtualidad en el ámbito público y pueden ser trasladadas sin ninguna dificultad al personal laboral y al personal funcionario de las Administraciones públicas.

De hecho, no parece ofrecer ninguna duda que la actuación de supervisión implementadas por los gestores de recursos humanos en las Administraciones públicas se encontrarán con los mismos o parecidos problemas y condicionantes que limitan estas actividades en el sector privado, es decir, el necesario respeto a los derechos fundamentales y la obligatoriedad de circunscribir dicha actividad de control, salvo excepciones muy justificadas, a la comprobación de aquellas cuestiones estrictamente vinculadas con la prestación de servicios¹¹³¹.

Es menester recordar que, como regla general, la facultad de control que el ordenamiento atribuye a la Administración derivada de su poder jerárquico se reduce a verificar el desempeño con diligencia de las tareas asignadas a su puesto de trabajo, lo que implica entre otras cosas la obtención de un rendimiento apropiado, una conducta obediente y un actuar de buena fe, tal como se puede deducir de una lectura combinada de los artículos 52, 53.3 y 10, 54.2 y 3 EBEP 2015.

En todo caso, queremos traer aquí la distinción hecha en la doctrina laboral entre el poder de vigilancia ordinario y el extraordinario. Es decir, a la hora de analizar el control que se puede ejercer sobre el empleado público habría que diferenciar dos situaciones, como pueden ser las que se ejercen como parte del poder de dirección o si, por el contrario, se trata de una vigilancia

¹¹³⁰ STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 23 de febrero de 2016, ROJ: STSJ CL 948/2016.

¹¹³¹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. "Poder de control, sistemas tecnológicos y derechos de los empleados públicos". *Seminari sobre relacions col·lectives*. Barcelona: FMC, 2017, p. 3.

más intensa y concreta que resulta complementaria de las averiguaciones previas para el ejercicio de las potestades disciplinarias.

En nuestro caso pretendemos referirnos a las facultades de control que podríamos subsumir en el primero de los supuestos, es decir, a los sistemas de control que pueden implantarse en el ejercicio ordinario del poder de dirección con la finalidad última de verificar de manera regular y ordinaria que las obligaciones de servicio se cumplen con diligencia y normalidad¹¹³².

Las facultades de control mencionadas encuentran de entrada dos fronteras claras relacionadas con el necesario respeto a los derechos fundamentales de los funcionarios y a la obligada contención de la facultad de control, salvo excepciones relevantes y justificadas, a la comprobación de aquellas actividades relacionadas con la prestación del servicio.

Hay que recordar aquí que el Tribunal Constitucional ha afirmado desde el principio la operatividad de los derechos fundamentales de los funcionarios. Los funcionarios por el mero hecho de serlo no tienen limitados sus derechos fundamentales, cuestión distinta es que el funcionario pueda encontrar en su ejercicio determinados límites derivados de su condición de tal relacionados con la autoridad de sus superiores jerárquicos, el buen funcionamiento del servicio y el prestigio de las instituciones¹¹³³.

El propio legislador, al elaborar el EBEP, dejó clara la eficacia de esos derechos al reconocer a los funcionarios los establecidos en el ordenamiento jurídico, tal como previene el artículo 14.q) EBEP 2015, proclamando como derechos individuales la no discriminación, el respeto de la intimidad, propia imagen y dignidad, como estableció el artículo 14.h) y i) EBEP 2015.

Bajo estas premisas es evidente que las facultades de control han de contenerse dentro de los límites propios de la actividad profesional. Se trata de verificar el cumplimiento de los deberes en los aspectos técnicos y organizativos de la relación de empleo, dejando al margen de la vida privada del individuo. La conducta de los funcionarios como simples ciudadanos no entra dentro del círculo de interés legítimo de la Administración y no puede ser objeto de la disciplina de esta, salvo, claro está, y la salvedad es importante, que esa conducta redunde en perjuicio del servicio dada la naturaleza pública de éste¹¹³⁴.

¹¹³² Sobre la distinción expresada, FABREGAT MONFORT, Gemma. Nuevas perspectivas del poder de dirección, *ob.cit.* p. 21-23.

¹¹³³ STC 81/1983, de 10 de octubre.

¹¹³⁴ STC 234/1991, de 10 de diciembre.

Se reconoce un amplio margen de actuación a la discrecionalidad administrativa a la hora de establecer medidas de control y supervisión, pero en el despliegue de las mismas deben cumplirse una serie de requisitos. Se admite de antemano que la implantación de una medida de control genérico ha de cumplir como mínimo tres condiciones esenciales como pueden ser las siguientes:

a) La idoneidad, necesidad, proporcionalidad y equilibrio de la medida en términos de las características de la actividad, de las causas o motivos para adoptarla y de la adecuación para conseguir el fin propuesto, preservando al máximo los derechos fundamentales y la dignidad de las personas.

b) La obligación de una previa comunicación a los representantes de los funcionarios, que en el EBEP encuentra un débil fundamento en el deber de colaboración para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento de la productividad, tal como se enuncia en el artículo 40.1.f) EBEP 2015¹¹³⁵. Con todo, nuestro ordenamiento no exige para la adopción de un sistema o una medida de control una negociación con las organizaciones sindicales.

c) La necesidad de poner en conocimiento de los funcionarios con claridad y transparencia, con anterioridad siempre a que se active y comience el correspondiente control, las medidas de vigilancia, la finalidad perseguida por las mismas y su justificación, conocimiento que en todo caso puede darse con diferentes intensidades y medios, lo que no deja de ser problemático en función de las diferencias doctrinales existentes al respecto¹¹³⁶.

¹¹³⁵ A destacar que en el ámbito privado, el artículo 64.5.f) ET, advierte de que la representación de los trabajadores tiene derecho a ser informada con carácter previo a la ejecución por parte del empresario de las decisiones adoptadas para la implantación y revisión de sistemas de organización “y control del trabajo”. En cambio, el artículo 40.1.b) EBEP 2015, solo nos dice que las juntas de personal y los delegados de personal, tienen derecho a emitir informe, a solicitud de la Administración pública correspondiente, sobre el traslado total o parcial de las instalaciones e implantación o revisión de sistemas de organización y métodos de trabajo, sin que se haga ninguna referencia expresa a los sistemas de control. De ahí que se haya querido fundamentar dicho derecho de información en el artículo 41.1.f) EBEP 2015, donde se contempla como función de la representación unitaria del personal funcionario la de: “Colaborar con la Administración correspondiente para conseguir el establecimiento de cuantas medidas procuren el mantenimiento de la productividad”, lo que por cierto parece hartamente discutible, ya que se acaba deduciendo una facultad de lo que indudablemente es un deber.

¹¹³⁶ Véase la contraposición dada entre la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los trabajadores afectados por sistemas de control fundados en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, analizadas en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “El poder empresarial de control digital: ¿Nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente? A propósito de la STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu, Rumania. *Ius Labor*. Nº3/2017, p. 288-297; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”. *Revista de Derecho Social*, Nº 79, 2017, p. 15-35.

Dicho esto, convendrá referirse a una serie de manifestaciones concretas de la potestad de control que resultan de una especial interés a la vista de la conflictividad dada en el seno de nuestras Administraciones, advirtiendo desde un primer momento de que los pronunciamientos son escasos y, sobre todo, han sido dictados para el caso concreto, por lo que resulta difícil establecer una teoría general, aunque se pueda avanzar, con toda clase de precauciones a falta de un estudio más completo sobre la materia, una serie de tendencias.

En todo caso, para nuestra descripción distinguiremos entre el control sobre la persona del funcionario y el control sobre la actividad del funcionario, prestando una especial atención a la utilización de medios informáticos y tecnológicos utilizados con esta finalidad.

En el caso de la persona del funcionario dos parecen ser los ámbitos que podemos identificar como problemáticos en la cotidianidad de nuestras relaciones laborales: los reconocimientos previos o iniciales de salud a efectos de acreditar la capacidad funcional para el desempeño de las tareas en los procesos de selección y la apariencia externa del funcionario.

Como se sabe el artículo 56 EBEP 2015 exige como requisito general para participar en un proceso de selección poseer la capacidad funcional para el desempeño de las tareas propias del cuerpo o escala a que se pretende acceder. Dicha capacidad puede acreditarse a través de documentos, reconocimientos o pruebas selectivas. El reconocimiento médico previo al proceso de selección, entronca con la temática relativa a la no discriminación y afecta sustancialmente al derecho a la intimidad personal y a la protección de datos.

Aunque la doctrina laboral discute la realización de exámenes de salud con carácter previo a la contratación del trabajador en base a la legislación de prevención de riesgos laborales que se refiere solo a la evaluación de la salud del trabajador después de su incorporación al trabajo, lo cierto es que el requisito establecido en el artículo 56.1.b) EBEP 2015 legitima la adopción de los medios de prueba que resulten necesarios y apropiados para acreditar la aptitud suficiente¹¹³⁷.

Es más, la disposición de dichos medios de examen y comprobación resulta ser un ejercicio de la potestad de organización que corresponde a la Administración, que no trata directa ni específicamente de la mejora de las condiciones de trabajo ni de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores a la luz de los principios básicos de prevención de riesgos laborales, por lo que no resulta necesaria su negociación con las organizaciones sindicales, sin que pueda

¹¹³⁷ Para un breve resumen de la doctrina laboral existente en esta materia nos remitimos al trabajo de POQUET CATALÁ, Raquel. El actual poder de dirección, *ob.cit.* p. 104-110.

considerarse que se regula un sistema de ingreso y sin que se ponga en cuestión derecho fundamental alguno como puede ser el de igualdad, privacidad, intimidad o protección de datos¹¹³⁸.

En otro orden de consideraciones, hay que empezar afirmando que en el ámbito público se reconoce la capacidad de la Administración de poder dar instrucciones sobre la uniformidad y el aspecto externo de aquellos funcionarios que tienen trato directo con los ciudadanos, en el bien entendido de que la uniformidad puede favorecer la eficacia en la prestación del servicio y proporcionar seguridad y confianza a la generalidad de las personas que entran en contacto con los agentes del mismo.

El deber de uniformidad puede entrar en colisión con el derecho a la propia imagen. Sin embargo, el artículo 103.1 CE establece que la función de la Administración en su conjunto es servir con objetividad los intereses generales, asegurando el funcionamiento de los servicios públicos que tiene encomendados, resultando obvio que la Administración está encarnada y representada por las personas que la sirven. De ahí se deduce que la imagen de los funcionarios resulta ser un interés legítimo de la Administración, estando íntimamente ligado al decoro y la presentación personal, hasta el punto de que para determinadas funciones es exigible el uso de uniforme que confiere una gravedad y seriedad a la persona que lo lleva, que hace que los ciudadanos lo identifiquen con la institución a la que sirve y representa.

La necesidad del uso de un uniforme arrastra lo demás. La uniformidad implica que el resto del aspecto exterior de la persona que lo lleva haya de ser concordante con el mismo, pues dicha indumentaria lo que persigue fundamentalmente es identificar a la institución y que la imagen del funcionario sea neutral, sin que afloren en la misma sus tendencias personales de orden social, cultural, económico o ideológico, que todos los individuos dejan traslucir de forma consciente o inconsciente, con su indumentaria.

En esa dirección, suele recordarse también que en la mayoría de los esquemas disciplinarios existentes en las leyes de función pública se tipifica como infracción grave el atentado a la dignidad de los funcionarios o de la Administración. Es precisamente a esa dignidad a la que sirven las reglas sobre uniformidad la que ha de prevalecer sobre el derecho a la propia imagen reconocido en el artículo 18 CE.

¹¹³⁸ Véase al respecto la contundente STSJ de Navarra de 28 de febrero de 2017, ROJ: STSJ NA 225/2017.

Son, por tanto, los valores relacionados con la eficacia, la objetividad y la dignidad de las instituciones públicas las que avalan el uso del uniforme y de determinadas restricciones a la imagen personal en el derecho del empleo público, lo que implica un parcial sacrificio o una modulación de los derechos de quienes se encuentran en una situación caracterizada por un estatuto específico pensado desde la vocación de servicio al conjunto de los ciudadanos¹¹³⁹.

De ahí que poco o nada tengan que ver las condiciones de uniformidad con las de trabajo de los funcionarios que han de ser objeto de la preceptiva negociación. La uniformidad considerada como un deber que entronca con una consideración objetiva orientada hacia la neutralidad en el ejercicio del servicio público y el interés común, permite dejar al margen la expresión de posiciones personales y facilitar el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, por lo que no es un factor que pueda considerarse materia de negociación¹¹⁴⁰

En cuanto a los medios de control, la supervisión sobre la actividad del funcionario se puede llevar a cabo a través de diferentes medios tecnológicos como son los sistemas de video vigilancia, los instrumentos de control de acceso y los terminales informáticos o telefónicos que permiten la mensajería electrónica y la navegación por internet.

De hecho, los conflictos jurídicos en el empleo público que se pueden localizar en esta área se conectan directamente con dos de estos medios como pueden ser la vigilancia a través de cámaras de seguridad y las tarjetas e infrarrojos como sistemas de control de acceso, lo que nos servirán para ejemplificar la problemática existente sobre estas materias en nuestras Administraciones públicas.

Los límites a la utilización de las cámaras de video en la vigilancia laboral es uno de los grandes puntos de controversia judicial existentes al respecto por su evidente conexión con el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE y el de protección de datos personales que contempla el artículo 18.4 CE. Los sistemas de videovigilancia ofrecen múltiples medios que permiten identificar a la persona y que pueden servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier índole, lo que puede resultar en una intromisión ilegítima en su intimidad. De la misma manera, los sistemas de videovigilancia ofrecen imágenes grabadas en un soporte físico que constituyen un dato de carácter personal. De hecho, el artículo 3.a) de la LOPDP, concreta el concepto “datos de carácter personal” como “cualquier

¹¹³⁹ STSJ de Madrid de 19 de junio de 2013, ROJ: STSJ M 7309/2013.

¹¹⁴⁰ Cuestión distinta es que quiera incluirse dentro de la presentación personal el uso de determinados objetos que a priori no tienen por qué distorsionar la imagen que se pueda ofrecer del servicio público, tal como se advierte en la STSJ de Madrid de 21 de diciembre de 2012, ROJ: STSJ M 18688/2012.

información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”, mientras que la letra c) del mismo precepto define el “tratamiento de datos” como las operaciones y procedimientos técnicos, de carácter automatizado o no, que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias”. De acuerdo con tales definiciones, la captación de imágenes de las personas constituye un tratamiento de datos personales incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa citada.

La doctrina judicial existente hasta el momento ha considerado que el poder de dirección, imprescindible para la buena marcha de las organizaciones, justifica y permite la adopción de los pertinentes instrumentos de control, admitiendo que se pueda utilizar cualquier sistema de identificación o medio de captación de imágenes para supervisar la actividad de los empleados¹¹⁴¹.

Sobre esta actividad, en un primer momento lo que más ha interesado es la protección de la intimidad. En ese sentido, las limitaciones que se han querido introducir al poder de vigilancia mediante cámaras se han centrado exclusivamente en la protección de los espacios reservados al uso privado de los trabajadores como pueden ser los de descanso, esparcimiento, vestuarios o servicios y han consistido en la aplicación del triple test de idoneidad, estricta necesidad y proporcionalidad, para determinar si la medida de control está vulnerando o no los derechos fundamentales de los trabajadores.

De hecho, los escasos pronunciamientos existentes en esta materia que se refieran a personal funcionario se centran en estas cuestiones, analizando la procedencia o no de la ubicación de las cámaras en determinados espacios y su posible intromisión ilegítima en la intimidad de los empleados públicos.

Al respecto, se ha rechazado que la colocación de uno de los dispositivos de filmación enfocando directamente el reloj de fichar constituya por sí sólo una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores¹¹⁴². De la misma manera, se ha entendido que la instalación de un sistema de cámaras de vigilancia que tiene como finalidad última velar por la integridad física y seguridad de los usuarios de un servicio resulta ser una medida justificada por la necesidad de garantizar el derecho a la vida y a la integridad física y moral del usuario, que se considera idónea para la finalidad pretendida consistente en velar por la seguridad y la

¹¹⁴¹ STC 186/2000, de 10 de julio.

¹¹⁴² JC-A, N° 1, de Guadalajara de 5 de noviembre de 2007, JUR/2008/110568.

integridad física de dichos usuarios, de carácter estrictamente necesario, en cuanto permite una supervisión que no sería posible sin esa ayuda técnica, y equilibrada, dado que ninguna de las cámaras afecta a estancia alguna que pueda considerarse íntima para los empleados públicos¹¹⁴³.

En un segundo momento, la tensión sobre esta materia se traslada a la evidente actividad de recogida de datos personales que representa la captación de imágenes y a la necesidad de consentimiento e información previa que proporcione al empleado público noticia de la implantación y utilidad de la medida de supervisión laboral. Es decir, los tribunales empiezan a enjuiciar el uso de las cámaras de video vigilancia desde la perspectiva de los principios de la protección de datos. Al respecto, la jurisprudencia constitucional advierte que el consentimiento del afectado necesario para la captación de datos se relativiza cuando se produce en el seno de una relación negocial, laboral o administrativa. De hecho, el artículo 6.2 LOPDP, enumera una serie de supuestos en los que resulta posible el tratar y ceder datos sin recabar el consentimiento del afectado, advirtiendo, en concreto que: “no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes en un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento”. De ahí se ha deducido que en el ámbito laboral, y también en el del empleo público, el consentimiento del trabajador pasa, por tanto, como regla general a un segundo plano por entenderse implícito en la relación de servicio, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del vínculo establecido entre las partes. La dispensa del consentimiento se refiere, así, a los datos necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de la relación de empleo, lo que abarca sin duda las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Por ello, un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada pues está dirigido al cumplimiento de la misma¹¹⁴⁴.

Ahora bien, aunque no sea necesario el consentimiento, el deber de información previa sobre el uso y destino de los datos personales obtenidos sigue existiendo por formar parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos. Cuestión distinta es cómo debe cumplirse el mismo. Es decir, si resulta necesaria la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a que esa captación podría ir dirigida o resulta suficiente la ubicación en un lugar visible de distintivos

¹¹⁴³ STSJ de La Rioja de 14 de julio de 2010, ROJ: STSJ LR 623/2010.

¹¹⁴⁴ STC 39/2016, de 3 de marzo.

informativos de carácter genérico, como los previstos en la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras, con lo que puede conocerse la existencia de las cámaras y la finalidad para la que han sido instaladas¹¹⁴⁵.

Lógicamente, si prevalece esta última visión el derecho de información que garantice el de protección de datos personales se acaba convirtiendo en un puro formalismo, al permitir que la simple colocación de un cartel distintivo faculte a cualquier empresa o institución a grabar imágenes de las actividades de servicio y a servirse de las mismas para acreditar cualquier incumplimiento o irregularidad que pueda dar origen a una reacción disciplinaria¹¹⁴⁶.

De la misma manera, habrá que ver hasta qué punto la jurisprudencia citada resulta compatible con los postulados de la STEDH de 5 de septiembre de 2017, que parece obligar a un exigente test de legitimidad del ejercicio real del poder de vigilancia a través de videos y grabaciones, en torno a tres ejes básicos: el principio de transparencia, por el que debe asegurarse que hay una información previa y específica al trabajador sobre la posibilidad de que se adopten medidas de vigilancia; el principio de causalidad real y seria, que exige que se proporcionen motivos concretos que justifiquen la supervisión establecida; el principio de proporcionalidad, que ha de valorar el alcance del control realizado y el grado de intrusión en la vida privada del empleado; y el principio de efectividad de la tutela, que exige la formulación de las pertinentes garantías para no desbordar el ámbito estricto de la finalidad pretendida¹¹⁴⁷.

En todo caso, habrá que advertir también que de lo que se trata es de un derecho de información de los propios empleados públicos, que, si se quiere, puede instrumentar y ampliarse situándolo en el esquema funcional propio de las representaciones unitarias del personal funcionario, sin que las medidas de control en cuestión, que se consideran siempre derivadas del poder de dirección, hayan de ser objeto de negociación con las correspondientes organizaciones sindicales.

¹¹⁴⁵ Ese es precisamente el debate establecido entre la STC 29/2013, de 11 de febrero, partidaria de una información individual, concreta y clara, y la STC 39/2016, de 3 de marzo, que opta por una ponderación en cada caso de los derechos y bienes constitucionales en conflicto, aceptando en última instancia que en base al correspondiente distintivo puede cumplirse los requisitos específicos de información establecidos. Como se ha dicho, el núcleo del problema se contrae a determinar si es suficiente la información general o, por el contrario, debe existir una información específica, tal como se plantea en GOÑI SEIN, José Luis. “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”. *Revista de Derecho Social*. N° 78, 2017, p. 39.

¹¹⁴⁶ En esta dirección las acertadas reflexiones de GOÑI SEIN, José Luis. Nuevas tecnologías digitales, *ob.cit.* p. 40-43.

¹¹⁴⁷ MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. El poder empresarial de control, *ob.cit.* p. 293.

El control del acceso y localización del personal en la Administración pública, a través de sistemas de fichas, tarjetas electrónica identificativas, huellas o, incluso, mediante infrarrojos, puede considerarse lícito siempre que obedezca a motivos de seguridad o contribuya a comprobar la realización diligente de las tareas asignadas, cumpliendo la jornada y el horario establecido, en la línea de lo previsto en el artículo 54.2 EBEP 2015.

Las nuevas tecnologías permiten incluso que el acceso al puesto de trabajo se realice a través de sistemas biométricos que permiten el análisis de aspectos físicos y morfológicos de las personas. Dichos procesos de reconocimiento biométrico se basan en dos fases: una, la de inscripción de la muestra biológica y de transformación de dicho dato en una secuencia que queda registrada en una base de datos; dos, la de comparación, en la que se vuelve a tomar o detectar una huella y se compara con la de la plantilla almacenada.

Precisamente, la primera fase de recogida y tratamiento de un dato biométrico puede afectar a la intimidad y al derecho de protección de datos de los trabajadores y para ello se debe valorar en cada caso si existe realmente una justificación razonable de las medidas adoptadas que se han de ajustar también a los criterios de adecuación y proporcionalidad en sentido estricto. Todo ello sin olvidar que los datos biométricos son datos personales a los que se han de aplicar los elementos de tutela que establece la legislación de protección de datos entre los cuales se encuentra la obligación de informar a los interesados y la notificación del fichero al organismo encargado de protección de datos¹¹⁴⁸.

En esta dirección, nuestra doctrina judicial ha establecido que la aprobación de un sistema de gestión de las ausencias laborales, entre cuyas finalidades principales destaca, una, de carácter técnico-estadístico con apoyo en sistemas informáticos, para la obtención de los índices de absentismo y la cuantificación de las ausencias, y, otra, de naturaleza más global desde el plano de la gestión de los recursos humanos, orientada al tratamiento material del absentismo, se sitúa en el ámbito de las potestades organizativas y adjetivas, de carácter instrumental y medial para obtener finalidades y objetivos de reducción del absentismo, sin que tenga una directa repercusión, en términos sustantivos y directamente ordenadores, en las condiciones de trabajo, lo que le exime de su necesidad de negociación¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁸ POQUET CATALÁ, Raquel. El actual poder de dirección, *ob.cit.* p. 281-286; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. Poder de control, sistemas, *ob.cit.* p. 27-29.

¹¹⁴⁹ STS de 22 de mayo de 2006, RJ/2006/2373.

Se subraya, pues, que las instrucciones, órdenes y medidas dirigidas al control de jornada y horario en nada afectan o alteran las condiciones de trabajo que siguen siendo las mismas, por lo que no se necesita de su negociación colectiva, ya que solo inciden sobre los sistemas de control y autorización, resultando evidente a juicio de esta doctrina que los funcionarios se hallan sometidos a un régimen de jerarquía y deben acreditar el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos¹¹⁵⁰. Es más, el control de la jornada y el horario es una facultad propia de la función de dirección, que hay que entender incluida en la jefatura de personal, y que se puede practicar por aquellos órganos que dentro de la estructura administrativa ejerzan funciones directivas en base a las facultades que se les hayan expresamente encomendado sobre la buena marcha de los diferentes servicios¹¹⁵¹.

De forma muy expresiva, se ha dicho que la instauración de un sistema de control horario en nada afecta a las condiciones de trabajo, ni tampoco a ningún elemento o aspecto esencial de la relación de servicio, sin que pueda presumirse que la instauración de un reloj digital con banda magnética al que se accede con tarjeta para controlar el horario y la jornada efectivamente realizados, incida en las condiciones de trabajo, habida cuenta de que en nada afecta a la duración de la jornada su distribución horaria o al régimen de turnos, resultando ser una legítima aplicación del poder de dirección y organización¹¹⁵².

Por último, en este contexto quizás las cuestiones más llamativas se hayan planteado en base al análisis biométrico de la mano mediante luz infrarroja y óptica que permite la verificación del horario del personal. Pues bien, a dicha medida se le aplica el triple control establecido por la doctrina del Tribunal Constitucional, advirtiéndose al respecto de que el sistema de control que se pretende instaurar resulta idóneo para conseguir el objetivo propuesto, objetivo que no es otro que el de lograr un mayor nivel de eficacia en la Administración, eficacia que pasa por una supervisión efectiva del cumplimiento de las obligaciones propias de los empleados públicos, sin que la existencia de otros posibles sistemas igualmente idóneos convierta al propuesto en ilegal, considerando legítimo que la Administración opte, siempre dentro de la normativa vigente, por aquel sistema que considere más conveniente. De la misma manera se mantiene que se ajusta al principio de necesidad, la incorporación a la Administración de los métodos de control que se puedan demostrar como más perfectos y avanzados. Por último, se subraya que la implantación de dicho sistema puede reportar más beneficios o ventajas para el interés

¹¹⁵⁰ STSJ de Extremadura de 7 de junio de 2012, ROJ: STSJ EXT 903/2012, y STSJ de Madrid, de 2 de diciembre de 2012, JUR/2013/44237.

¹¹⁵¹ STS de 8 de enero de 2015, ROJ: STS 81/2015.

¹¹⁵² STSJ de Madrid de 13 de febrero de 2006, ROJ: STSJ M 959/2006.

general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, advirtiendo de que la relación de función pública se inspira en la existencia de especiales deberes de buena fe y lealtad al servicio, lo que puede justificar una especial exigencia en el cumplimiento de sus obligaciones, sin que ello suponga el sacrificio de los derechos y las libertades fundamentales de los empleados públicos.

También se insiste, en la línea expuesta anteriormente, en que la toma de un dato personal no exige consentimiento en el seno de una relación jurídica administrativa siempre que tenga por finalidad el control de su cumplimiento efectivo, señalándose al respecto que la observancia de las normas en materia de jornada constituye un elemento imprescindible para el cumplimiento del resto de las obligaciones propias de la relación de servicio.

Interesa destacar que la doctrina judicial relatada admite expresamente la necesidad de que los interesados, a los que se soliciten datos personales, deban ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia de un fichero de tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la información, pero también se acepta que dicho deber de información se puede satisfacer de múltiples formas, como puede ser, por ejemplo, a través de una resolución publicada en el correspondiente diario o boletín oficial en la que se hagan constar tales menciones¹¹⁵³.

En otro orden de consideraciones, conviene ahora recodar que hemos considerado a la evaluación del desempeño como una técnica de carácter plural que no debería anclarse estrictamente en el horizonte de carrera de los empleados públicos. Al respecto conviene ahora traer aquí aquella línea de opinión que, desde una perspectiva más general, considera la evaluación del desempeño como un proceso mediante el cual se mide y se valora un comportamiento relevante para la organización, bajo el dominio del propio ejecutor. Por lo tanto, la evaluación del desempeño es un procedimiento, o si se quiere un método, que capta o genera información para la evaluación, lo cual implica el diseño de algún instrumento que oriente, estructure y facilite la observación y captación de los elementos que van a ser objeto de evaluación y su correspondiente sistema de medición y valoración¹¹⁵⁴.

¹¹⁵³ SSTSJ Cantabria de 10 de enero de 2003, ROJ: STSJ CANT 20/2003, y de Cantabria de 14 de marzo de 2003, ROJ: STSJ CANT 550/2003

¹¹⁵⁴ GORRITI BONTIGUI, Mikel. “La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 13, extraordinario, 2011, p. 301-303.

En todo caso, lo que se mide y valora es la conducta profesional y el rendimiento o logro de resultados, tal como se dice en el artículo 20.1 EBEP 2015. Es decir, la evaluación del desempeño se refiere a comportamientos profesionales. Por tanto, no deben ser objeto de evaluación las personas, sino el trabajo que realizan o mejor dicho la forma de hacer bien su trabajo y el grado de implicación y compromiso con que los profesionales afrontan su labor¹¹⁵⁵. De la misma manera se ha de evaluar el rendimiento y el logro de resultados, es decir, la eficacia en la producción del servicio que los empleados públicos han de generar con su trabajo.

A tenor del artículo 20.2 EBEP 2015, los procedimientos de evaluación del desempeño se han de adecuar a criterios de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación y se han de aplicar sin menoscabo de los derechos de los empleados públicos, entre los cuales, sin duda, tendrán un importante papel el derecho a la no discriminación, a la intimidad y a la protección de datos¹¹⁵⁶.

Tal como se dice en el artículo 20.3 EBEP 2015, la evaluación del desempeño tendrá efectos en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias. De hecho, los efectos de la evaluación sobre la carrera, la provisión de puestos y las retribuciones, han sido el tema más tratado por nuestra doctrina que acaba concibiendo la evaluación de puestos como un sistema propio y auxiliar del ejercicio del derecho a la carrera profesional. Es decir, la evaluación del desempeño es un instrumento de la carrera profesional del empleado público¹¹⁵⁷.

Pero también nuestra doctrina ha reflexionado sobre el hecho de que la evaluación del desempeño, que supone medir o valorar, o ambas cosas, la actuación profesional de los empleados públicos, puede tener una serie de consecuencias negativas sobre la remoción de un puesto de trabajo obtenido por concurso, tal como previene el artículo 20.4 EBEP 2015, o,

¹¹⁵⁵ Véase al respecto, la esclarecedora STS de 18 de febrero de 2013, ROJ: STS 895/2017.

¹¹⁵⁶ Tal como nos dice, la STSJ de Cataluña de 3 de julio de 2009, JUR/2009/452829, el procedimiento de evaluación que ha de cumplir con los mencionados requisitos de transparencia, objetividad, imparcialidad y no discriminación es una garantía tanto para la persona evaluada como para el resto del personal sujeto al mismo régimen jurídico y para la propia Administración que ha de optimizar la gestión de los recursos humanos de los que dispone para servir con objetividad los intereses generales.

¹¹⁵⁷ FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. "Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios". *Justicia Administrativa*. Nº 47, 2010, p. 19-20; QUESADA LUMBRERAS, Javier E. *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*. Navarra: Aranzadi, 2015, p. 129-141.

incluso, consecuencias de tipo disciplinario en base a la información obtenida a través de los sistemas de evaluación¹¹⁵⁸.

En esta dirección, algunos autores plantean abiertamente que la evaluación del desempeño es por sí misma un factor de control interno¹¹⁵⁹. Es más, algunos de ellos advierten directamente de que los sistemas de evaluación del desempeño resultan ser un ejercicio del poder de vigilancia y control de la Administración pública¹¹⁶⁰.

Sin embargo, de conformidad con el artículo 37.1.d) EBEP 2015, han de ser objeto de negociación las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño. Advertimos ya de que seguramente hubiera sido más apropiado plantear la necesaria negociación de los efectos de la evaluación del desempeño sobre la carrera, la provisión de puestos de trabajo, la formación y las retribuciones complementarias. Pero las normas dicen lo que dicen; lo que se constituye en objeto de negociación en el EBEP son las normas que fijen criterios y sistemas. Es decir, las normas que regulan los criterios generales conforme a los cuales se deba medir y valorar la conducta profesional, el rendimiento o el logro de resultados por parte de los empleados públicos y los sistemas que permitan dicha evaluación. Lo que, a nuestro parecer, no ha de ser objeto de negociación, y hay que situar en el marco de del poder de dirección y control de la Administración, es su aplicación.

Hecha esta salvedad, conviene recordar la existencia de una doctrina judicial que distingue entre la negociación de los criterios de aplicación del complemento de productividad y la valoración de las circunstancias a que se condiciona la percepción de dicho complemento, con la consiguiente asignación del mismo y la determinación de la cuantía que corresponde a cada funcionario, facultades que se atribuyen al responsable de la gestión del correspondiente programa de gasto, situándolas en la esfera de las potestades de organización de la Administración¹¹⁶¹.

Es decir, la constitución de un sistema de evaluación del desempeño y el diseño de un procedimiento de evaluación habría de ser objeto de negociación, conservando siempre el

¹¹⁵⁸ LINDE PANIAGUA, Enrique. “La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público”. En *Crisis Económica y Función Pública*. Aranzadi: Navarra, 2012, p. 216.

¹¹⁵⁹ SERRANO PASCUAL, Antonio; TERUEL, María Pilar. “La evaluación del desempeño en las Administraciones públicas, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público: retos y oportunidades para su implantación en las entidades locales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 31, 2007, p. 107.

¹¹⁶⁰ ROQUETA BUJ, Remedios. “La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP”. *Actualidad Laboral*. Nº 21, 2012, p. 7.

¹¹⁶¹ SAN de 16 de octubre de 2002, JUR/2003/25376. También, SAN de 16 de abril de 2010, JUR/2010/143842.

funcionario un derecho individual a ser evaluado a través del modelo y el procedimiento evaluador previsto¹¹⁶². Pero la evaluación a través de dichos mecanismos y la deducción del reconocimiento individual de los efectos previstos en los mismos deberían producirse respetando las facultades de dirección y control propias de la Administración, lo que dicho de paso significaría respetar las premisas necesarias de profesionalidad, especialidad técnica e imparcialidad de lo que no deja de ser un órgano evaluador, pudiendo señalarse también que deberían ser admisibles tanto los sistemas de evaluación del rendimiento individual, como los de grupo, equipo o unidad de trabajo, y tanto los que se basan en la apreciación directa de los resultados obtenidos como aquellos que se fundamentan en la acreditación de comportamientos o conductas adecuadas de las personas que se consideran importantes para la organización¹¹⁶³.

10. La exclusión de la negociación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional

El artículo 37.1.c) EBEP 2015 nos dice que serán objeto de negociación las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso. Dicha norma se contrapone a la prevista en el artículo 37.2.e) EBEP 2015, donde se señala que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción interna.

A estas prescripciones hay que añadir ahora la posibilidad, que no obligatoriedad, de negociar la “articulación” de unos “especiales” procesos de selección como pueden ser los estabilización de empleo temporal previstos en el artículo 19.Uno.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, donde se declara explícitamente que: “La articulación de estos procesos selectivos que, en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de libre concurrencia, igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales de la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales”¹¹⁶⁴.

¹¹⁶² STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2014, ROJ: STSJ CV 2457/2014.

¹¹⁶³ STS de 19 de febrero de 2014, ROJ: STS 661/2014.

¹¹⁶⁴ Esta expresión resulta ser una directa transposición de la cláusula del Acuerdo para la Mejora del Empleo Público, firmado en Madrid, el 29 de marzo de 2017, entre el Ministro de Hacienda y Función Pública y los representantes de CCOO, UGT y CSIF, donde se decía literalmente: “La articulación de estos procesos selectivos, que en todo caso, garantizará el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, podrá ser objeto de negociación en cada uno de los ámbitos territoriales (Administración General del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales), en cuyo marco podrá ser objeto de valoración entre otros méritos, en su caso, el tiempo de servicios prestados a la Administración, únicamente en la fase de concurso”.

Por si esto fuera poco no estará de más advertir de que una de las cuestiones neurálgicas de la negociación del acceso hay que situarla en las posibilidades y los límites de la participación de los representantes de personal en los órganos de selección después de la aprobación del EBEP.

En esta dirección conviene mencionar el indudable antecedente que supone el artículo 30 RIPPAGE donde se dice que: “Los órganos de selección se constituirán en cada convocatoria y deberán estar formados por un número impar de miembros, uno de los cuales, al menos, será designado a propuesta de la representación de los trabajadores”.

Dicha regulación contrasta con la previsión del artículo 60.2 EBEP, en el cual se advierte que: “El personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual no podrá formar parte de los órganos de selección”, mientras que el tercer párrafo de este mismo precepto prevé que: “La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”.

Con todo el valor jurídico de esta prohibición en el empleo público hay que contrastarlo con la autorización concedida en el artículo 61.7 EBEP 2015, atinente al personal laboral, por la que: “Las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos”.

Este retorcido itinerario normativo se completa con la legitimación reconocida en el artículo 31.6 EBEP 2015 a las organizaciones sindicales en el ámbito de la función pública: “para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección”.

A partir de ahí, la negociación de las condiciones de acceso al empleo público plantea dos tipos de cuestiones diferentes: la primera, hasta qué punto resulta lícito o no la regulación convencional de los sistemas, criterios y procedimientos de selección; la segunda, hasta qué punto puede aceptarse una negociación que permita o admita la participación de representantes en los órganos de selección de acceso al empleo público.

10.1. La exclusión de la negociación de los sistemas, criterios y procedimientos de selección

Desde luego no resulta fácil distinguir entre la negociación de las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso y la regulación y determinación concreta de sistemas, criterios, órganos y procedimientos. Para salvar esta contradicción, la doctrina judicial ha diferenciado

una pluralidad de planos conceptuales, estableciendo que el ámbito propio de la actividad negociadora a que se refiere el párrafo c) del artículo 37.1 EBEP 2015 es el relativo a la elaboración de las normas sobre condiciones de empleo relacionadas con la materia acceso, que constituyen un presupuesto lógico de la determinación concreta a través de una convocatoria de sistemas, criterios, órganos y procedimientos de selección¹¹⁶⁵. Precisamente estas regulaciones deben partir de unas normas y de una configuración de los instrumentos de gestión de personal, en cuya elaboración han de intervenir las organizaciones sindicales¹¹⁶⁶. Sin embargo, las normas citadas no exigen que los órganos de selección hayan de intervenir en la elaboración y la aprobación de una convocatoria cada vez que se convoca un proceso selectivo.

Es decir, el acto de convocatoria, que es el que ha de contener los sistemas selectivos, los requisitos y criterios de selección, los órganos selectivos y los procedimientos de acceso, no ha de ser objeto de negociación, lo cual resulta lógico ya que el objeto de la negociación son las normas o los criterios generales pero no los concretos actos administrativos que carecen de carácter regulador y que como medida de aplicación del ordenamiento jurídico está sujeta y ha de respetar las previsiones normativas y ordenadoras correspondientes¹¹⁶⁷.

Al respecto se considera que, dada la existencia de unas normas y de unos instrumentos de ordenación del personal, la falta de participación sindical en la regulación de las convocatorias, no supone desconocimiento de su papel negociador, pues en el momento aplicativo de las normas e instrumentos negociados no le corresponde al sindicato su intervención sino que esta

¹¹⁶⁵ La distinción en base a las normas vigentes en aquel momento se encuentra ya en la STS de 17 de mayo de 1993, ROJ: STS 3062/1993. Para fechas más cercanas hay que referirse a la STS de 21 de abril de 2008, ROJ: STS 1909/2008. En esta misma dirección, la STSJ de Cataluña de 24 de marzo de 2003, JUR/2003/39653; STSJ del País Vasco de 30 de marzo de 2007, JUR/2007/136492; STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2009, JUR/2010/127957; SAN de 30 de abril de 2010, ROJ: SAN 1902/2010; STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de mayo de 2010, ROJ: STSJ CV 4718/2010; STSJ de Islas Baleares de 19 de julio de 2010, ROJ: STSJ BAL 983/2010; STSJ de Andalucía, Granada, de 19 de septiembre de 2011, JUR/2011/430647; STSJ de Madrid de 5 de julio de 2013, ROJ: STSJ M 11359/2013; y STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ M 14770/2013. En contra, en base a una invocación genérica del acceso como materia que ha de ser objeto de negociación, pueden verse la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2000, RJCA/2000/2087; STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2002, RJCA/2002/814; STSJ de Cataluña de 8 de septiembre de 2004, RJCA/2004/917; STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2005, RJCA/2005/484; y STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de febrero de 2009, ROJ: STSJ CLM 75/2009. Recalcar que en la STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de julio de 2013, JUR/2013/283826, dicha instancia corrige su doctrina inicial sobre la necesaria negociación de las bases de la convocatoria, advirtiendo que el artículo 37.2.e) EBEP ha eliminado conscientemente la obligación de negociar las bases de la selección de personal, doctrina que se mantiene en la STJ Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2016, ROJ: STSJ CL 1435/2016.

¹¹⁶⁶ En función de la íntima relación existente entre selección y ordenación de puestos de trabajo que se constituye cuando se demanda que exista una clara adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar tal como se advierte en el artículo 56.2.e) EBEP 2015, o cuando se exige que los procedimientos de selección cuiden especialmente la conexión entre el tipo de pruebas a superar y la adecuación al desempeño de las tareas de los puestos de trabajo, como se hace en el artículo 61.2 EBEP 2015.

¹¹⁶⁷ SAN de 13 de mayo de 2005, JUR/2005/238979.

debe darse siempre en un momento anterior. Lo que se negocian son las normas, los criterios generales, el diseño general de los sistemas de acceso pero no el acto de convocatoria de un proceso selectivo que materializa la definición de dichas normas, criterios, diseños o sistemas¹¹⁶⁸.

Por tanto, se señala que la disposición de unas concretas bases de selección y su adecuación a un determinado perfil de idoneidad de naturaleza objetiva forma parte de las facultades de organización de la Administración que se ejercen en interés público y están al margen de una posible negociación con las organizaciones sindicales sin que puedan quedar mediatizadas por acuerdo o pacto ninguno¹¹⁶⁹.

Lógicamente, si las convocatorias definen sistemas, criterios, órganos y procedimientos de selección o alteran las necesarias relaciones de congruencia que han de existir con los instrumentos de ordenación de personal improvisando al margen de los mismos criterios de acceso exigibles, se elude la participación que corresponde a las organizaciones sindicales de forma que puede entenderse vulnerado el derecho a la negociación por haberse impedido la necesaria participación sindical en la creación del marco configurador del acceso y la promoción interna.

Nótese que la posición expresada parte de un cierto reconocimiento de la actividad sindical en la definición de las condiciones de acceso al empleo público, lo que nos parece discutible en base a una serie de consideraciones. La primera, que el derecho de acceso a las funciones públicas de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad, es en sí mismo considerado un derecho fundamental de todos los ciudadanos que resulta amparado por el artículo 23.2 CE, cuya especial tutela y atención corresponde a los poderes públicos. La segunda es que en el ejercicio de dicho derecho no hay relaciones de empleo constituidas que permitan mantener la existencia de una vinculación representativa entre el sindicato y los posibles candidatos, lo que hay simplemente es una pluralidad de ciudadanos que aspiran a ser seleccionados para un función pública en base a un procedimiento objetivo por el que se ejerce una típica potestad administrativa orientada a la satisfacción del interés general y a la máxima promoción posible del derecho a acceder en condiciones de igualdad y mérito a una función pública. La tercera es que en la doctrina clásica el acceso o la pérdida de una función pública es por naturaleza una condición de empleo y no propiamente una condición de trabajo que haya

¹¹⁶⁸ STS de 21 de abril de 2008, ROJ: STS 1909/2008.

¹¹⁶⁹ STSJ de Asturias de 30 de abril de 2009, ROJ: STSJ AS 1627/2009; STSJ de Asturias de 8 de mayo de 2009, ROJ: STSJ AS 1814/2009; y STSJ de Andalucía, Granada, de 21 de octubre de 2013, RJCA/2013/963.

de ser objeto de negociación por afectar a las relaciones que mantiene la Administración con sus empleados públicos¹¹⁷⁰.

Dicho esto, lo cierto es que el artículo 37.1.c) EBEP 2015 permite negociar las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, y, más específicamente, el párrafo f) de dicho precepto, permite tratar los criterios generales de los planes y fondos para la promoción interna; dando un paso más en lo que no deja de ser un cierto desbordamiento del derecho objetivo preexistente, el artículo 19.6 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017, autoriza la negociación de la “articulación” de los procesos selectivos de estabilización, es decir, la composición entre dos o más piezas del proceso selectivo, entre las que se pueden citar los sistemas, los requisitos, los órganos y el procedimiento selectivo, que en todo caso habrá de producirse de una manera general sin descender al correspondiente momento aplicativo fundado en la aprobación de una base de convocatoria. Se defiende así el valor de la objetividad y la imparcialidad en la definición de los procesos concretos de acceso, pero se permite también una participación del sindicato en la definición precisa de lo que no deja de ser el ejercicio de un derecho por parte de los ciudadanos que sólo debería tener como interlocutor a las representaciones institucionales de los poderes públicos¹¹⁷¹.

Por tanto, se pueden negociar normas que contengan y articulen criterios generales para el acceso a la función pública, pero las bases de la convocatoria no forman parte del contenido de la negociación colectiva. Es decir, han de excluirse del proceso negocial las concretas convocatorias que pautan y regulan los procedimientos de concurso y oposición.

Con todo, esta posición de principio admite un matiz relevante. Se pueden negociar bases generales a modo de una normativa que ha de regir en una serie de convocatorias, pero no las bases concretas de cada proceso de selección. De hecho, en la doctrina clásica se distingue entre las bases que regulan el proceso de selección y la convocatoria que ha de acompañarlas¹¹⁷². Las bases regulan el proceso de selección que es objeto de convocatoria, una convocatoria que representa una oferta pública para permitir que los posibles interesados que cumplan los requisitos de acceso puedan participar en el procedimiento selectivo. Las bases y la convocatoria de un procedimiento de ingreso están estrechamente relacionadas, pero las bases

¹¹⁷⁰ En esta dirección las atinadas observaciones de VIVERO SERRANO, Juan Bautista. *El acceso al empleo público en régimen laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 79-81.

¹¹⁷¹ De hecho, la STSJ de Murcia de 3 de diciembre de 2010, JUR/2011/70063, señalara explícitamente que los intereses puestos en juego en la aprobación de una convocatoria no son los del sindicato, sino los de los ciudadanos interesados en participar en los procesos selectivos en los que dichas bases de la convocatoria resulten aplicables.

¹¹⁷² STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2011, JUR/2011/190819; y STSJ de Cataluña de 3 de marzo de 2010, ROJ: STSJ CAT 3136/2010

no son la convocatoria y pueden aprobarse de forma separada en forma de bases específicas para un proceso de selección concreto que será convocado oportunamente o de bases generales que regirán un conjunto de procesos de selección que serán objeto de las convocatorias pertinentes¹¹⁷³.

Igualmente, la ausencia de normas o criterios generales conlleva que las bases de carácter específico o singular hayan de ser objeto de negociación. Nuestra doctrina judicial, para evitar dejar sin contenido el mandato del artículo 37.1.c) EBEP 2015, en los casos en que la Administración correspondiente no haya procedido a aprobar, y en consecuencia a negociar las normas que rigen los criterios generales en materia de acceso, impone que esta venga obligada a negociar la regulación concreta de un particular procedimiento de acceso¹¹⁷⁴. De la misma manera, se indica que cuando se trate de arbitrar una convocatoria específica para determinadas plazas o puestos revistiendo características nuevas y singulares no existentes hasta el momento procede su negociación previa¹¹⁷⁵. La razón de esta posición particular es que bastaría que la Administración no aprobara criterios o bases generales para excluir de la negociación los procesos de selección. En consecuencia, cuando no existen bases generales, las bases específicas han de ser objeto de negociación.

Una posición que parece consolidada en nuestra jurisprudencia pero que a nuestro entender vacía de todo contenido la excepción prevista en el artículo 38.2.e) EBEP 2015. Este es un aspecto importante de la discusión, la exclusión mencionada, para la que no se prevé ninguna excepción, intenta dejar al margen de la regulación de los procesos de selección los intereses de parte de los que son portadores unas organizaciones sindicales que resultan ser representativas de unos colectivos concretos de empleados públicos, pero que se acaban inmiscuyendo en el ejercicio de un derecho de todos los ciudadanos que las Administraciones han de tutelar y proteger en interés propio para asegurar una institución neutral y estable, que exteriorice una factor de equilibrio frente a las fuerzas políticas y sindicales que conforman la vida social, con fundamento en el mérito, la formación, la especialización y el cumplimiento leal de obligaciones específicas.

¹¹⁷³ PÉREZ LUQUE, Antonio. *La selección de personal permanente de las corporaciones locales*. Madrid: El Consultor, 2001, p. 370-372.

¹¹⁷⁴ STSJ STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de marzo de 2011, ROJ: STSJ CV 655/2011; STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 2013, JUR/2013, 352448

¹¹⁷⁵ STSJ de Castilla y León, Burgos, 5 de mayo de 2006, JUR/2006/150913; STSJ Andalucía de 12 de febrero de 2008, ROJ: STSJ AND 1087/2008.

De hecho, el mantenimiento de esta jurisprudencia presupone que nuestros órganos judiciales no han tomado nota del cambio que supone para la negociación de las condiciones de acceso al empleo público, la excepción incorporada en el artículo 37.2.e) EBEP 2015. El planteamiento es simple y a nuestro entender solo puede ser expresado de la siguiente materia: la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso que ha de plasmarse en unas bases de la convocatoria ha de quedar excluida de la negociación, existan o no unos criterios o unas bases generales, cuya definición corresponde en principio al efectivo ejercicio de un derecho de negociación cuya titularidad última corresponde a las organizaciones sindicales, que pueden priorizar o no el abordaje convencional de dicha materia. Es más, el argumento dado hasta el momento para predicar la negociación de las bases de una convocatoria concreta puede invertirse perfectamente: el sindicato puede estar interesado en la no negociación de los criterios generales de acceso si se presupone que la ausencia de un pacto o acuerdo en esta materia provoca la obligatoriedad de la negociación de las convocatorias concretas y específicas sobre las que se puede ejercer una superior presión.

Más difícil resulta entender que cuando se admite como posición de principio que las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso han de ser objeto de negociación se quiera distinguir entre el acceso a la función pública de carrera y el acceso a la función pública interina, o, si se quiere, entre el acceso al empleo público permanente y el acceso al empleo público no permanente. Nos referimos aquí a la posición que defiende que los sistemas de provisión de personal no permanente o los procesos de nombramiento de funcionarios interinos y los de contratación de personal temporal para cubrir necesidades excepcionales y urgentes de los servicios, entran dentro del ejercicio legítimo de las facultades de organización de la Administración y no han de ser objeto de negociación¹¹⁷⁶.

Pero lo cierto es que la norma no distingue el tipo de empleo público al que se ha de acceder para que el proceso de selección sea objeto de negociación. Por eso se debe afirmar la obligación de negociar las normas, los criterios o las bases generales que regulen la selección de personal no permanente. De la misma manera, en consonancia con lo que llevamos dicho hasta el momento, con independencia de nuestra posición, habrá que afirmar, hoy por hoy, a la vista de la doctrina judicial existente en esta materia la obligatoriedad de negociar la regulación concreta de una lista de espera o de una bolsa de interinos o de temporales cuando no existan bases

¹¹⁷⁶ STSJ de Andalucía, Málaga, de 30 de diciembre de 2013, JUR/2013/239252.

generales, sobre todo en aquellas situaciones cuya regulación permite deducir la permanencia de la lista o de la bolsa a lo largo del tiempo¹¹⁷⁷.

Para terminar este epígrafe resulta de interés abordar una cuestión no menor. La excepción del artículo 37.2.e) EBEP 2015 se refiere a la regulación y la determinación concreta de los sistemas de acceso al empleo público, incluyendo la particulares modalidades que puedan derivarse de los sistemas de promoción interna¹¹⁷⁸. Sin embargo, nuestros tribunales la trasladan sin ningún tipo de reserva a los sistemas de provisión de puestos de trabajo. La razón última de dicho automatismo podría ser que dichos sistemas de provisión han de fundamentarse siempre en procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, tal como señala el artículo 78.1 EBEP 2015¹¹⁷⁹. La razón más próxima de esta asimilación hay que encontrarla en la redacción del artículo 38.1.c) EBEP 2015, y más concretamente en su director

¹¹⁷⁷ STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de mayo de 2002, JUR/2002/197767; STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de febrero de 2017, ROJ: STSJ CV 99/2017.

¹¹⁷⁸ Sistemas de promoción interna en los que aparece con fuerza la cuestión del número de las plazas que pueden ser objeto de promoción interna y la prioridad del llamado turno de promoción interna. En principio, el artículo 22.1 LMRFP, en su redacción original, había previsto que las Administraciones pudieran reservar para la promoción interna hasta el 50 por 100 de las plazas convocadas. La ley 23/1988, de 28 de julio, de modificación de la Ley 30/1984, decidió suprimir el porcentaje mencionado, supresión que fue interpretada como la eliminación de un obstáculo para la utilización de la modalidad de acceso por promoción interna, de manera que ahora no existiría límite alguno para la integración de plazas vacantes que podría agotar la totalidad de las convocadas para un determinado cuerpo o escala. El problema, en el ámbito de la Administración local, es que dicho límite aparece integrado en el artículo 134.1 TRRL, donde expresamente se dice que: “Las convocatorias serán siempre libres. No obstante, podrán reservarse para la promoción interna hasta un máximo del 50 por 100 de las plazas convocadas para funcionarios que reúnan la titulación y demás requisitos exigidos en la convocatoria. Es más, el artículo 169.2 TRRL, que tiene el indudable carácter de norma básica a tenor de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, prevé expresamente que el ingreso en la Subescala Técnica de Administración General se hará por oposición libre, aunque se reservarán para la promoción interna el 25 por 100 de los puestos convocados; de la misma manera, el ingreso en la Subescala Administrativa se hará por oposición libre, no obstante se señala también que se reservarán para la promoción interna el 50 por 100 de los puestos convocados. Pues bien, las SSTS de 20 de enero de 1992, ROJ: STS 16873/1992 y de 25 de enero de 2006, RJ/2006/1141, entendieron que el precepto contenido en el artículo 134.1 TRRL no era otra cosa que una refundición del establecido en su día por el artículo 22.1 LMRFP, con lo que desaparecido este quedaba excluida la vigencia del contenido en el TRRL, aunque había que mantener siempre que el criterio fundamental de selección de personal en las Administraciones públicas era el de pruebas libres, siendo este el que mejor encaja con los principios de igualdad y mérito. Dicho planteamiento fue corregido por la STS de 12 de marzo de 2008, RJ/2008/2299, que declara vigentes los porcentajes de reservas de plazas para la promoción interna incluidos en el TRRL, dado el carácter básico de la norma en cuestión, advirtiendo expresamente de la imposibilidad de someter a negociación dichos porcentajes por estar regulados expresa y taxativamente en una norma estatal con el carácter de bases del régimen jurídico de los funcionarios de Administración local, un planteamiento que ha sido confirmado por la STS de 30 de abril de 2008, RJ/2008/5263, y que parece cuestionarse por alguna de nuestras salas territoriales, tal como se acredita en la STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de abril de 2013, ROJ: STSJ CL 1021/2013.

¹¹⁷⁹ Como se sabe, el principio de igualdad y mérito actúa también a lo largo de la duración de la relación funcional, es decir, en momentos ulteriores relativos a la provisión de puestos de trabajo, aunque con diferente rigor e intensidad, ya que en la provisión cabe tener en cuenta otros criterios dirigidos a lograr una mayor eficacia de la Administración o a satisfacer otros valores constitucionales como pueden ser, por ejemplo, la protección de la familia. En esta dirección, las SSTC 200/1991, de 28 de octubre; 293/1993, de 18 de octubre; y 80/1994, de 14 de marzo.

antecesor, el artículo 32.g) LORAP¹¹⁸⁰. Pues bien, a partir de aquí la construcción doctrinal realizada que resalta la necesidad de negociación de las normas, los criterios y los sistemas generales de acceso al empleo público pero la no necesidad de negociación de cada convocatoria concreta y específica se desplaza a la provisión de puestos de trabajo¹¹⁸¹. Ciertamente es que el argumento básico sigue siendo el mismo, lo que se negocia son las normas, los criterios generales, pero no los actos administrativos concretos y específicos de convocatoria. Lo que ocurre aquí es que la provisión de puestos de trabajo no tiene el respaldo que representa para los procesos de selección la exclusión de la regulación de la determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso. Por ello deberían considerarse aquí plenamente válidas las distinciones establecidas en nuestra jurisprudencia sobre la necesidad de negociar lo general y abstracto, con vocación de permanencia y estabilidad, sobre lo concreto y específico, para la cobertura de un particular proceso. De la misma manera, pueden entenderse mejor en este planteamiento la obligación de negociar las regulaciones de un determinado procedimiento en ausencia de un marco general lo que transforme en un acto aplicativo.

10.2. Negociación y participación de los representantes en los órganos de selección

Como ya se ha dicho, el artículo 60.3 EBEP 2015, precisa la composición de las instancias de selección, advirtiendo de que: “La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”. Dicho precepto es fruto de una modificación del artículo 60.3 del proyecto del EBEP, donde se señalaba expresamente que: “La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación de personal o cualquier otra entidad representativas de intereses”¹¹⁸².

Como se sabe, las presiones sindicales forzaron una modificación de dicho proyecto, alcanzándose un acuerdo de consenso, en la que se modificó el dictamen para que la nueva

¹¹⁸⁰ Dicho precepto señalaba que serían objeto de negociación: “Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos”.

¹¹⁸¹ Dicha elaboración puede encontrarse en la STS de 17 de mayo de 1993, ROJ: STS 3062/1993; sobre la posible negociación de la provisión de puestos de trabajo, nos hemos remitido a las STSJ de Madrid de 5 de abril de 2000, JUR/2000/281024; STSJ de Madrid de 23 de diciembre de 2009, JUR/2010/127957; STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2013, ROJ: STSJ M 14770/2013; STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de junio de 2004, ROJ: JUR/2004/180148; y STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de enero de 2016, ROJ: STSJ CL 140/2016

¹¹⁸² El texto se publicó en BOCG. Congreso de los Diputados. Núm. A-94-1, de 8 de septiembre de 2006.

redacción no mencionara a las organizaciones sindicales y a los órganos unitarios de representación de los funcionarios, aunque parecía mantenerse la finalidad última que se pretendía conseguir con la redacción inicial y la estructura normativa del precepto fundamentada en las exigencias de imparcialidad, objetividad y profesionalidad de los órganos de selección¹¹⁸³.

El texto del precepto resultante señala ahora que la participación en los órganos de selección será siempre a título individual, no siendo, admisible actuar en representación o por cuenta de nadie, aunque no menciona expresamente a las representaciones de personal.

A partir de ahí surgen una serie de hipótesis interpretativas que podemos agrupar de la forma siguiente:

a) Una interpretación no necesariamente estricta, pero sí basada en los antecedentes formales del proyecto y del trámite parlamentario, que acaba sugiriendo que una organización representativa de intereses o un órgano unitario de representación del personal no puede proponer o nombrar miembros integrantes de los órganos de selección, ya que dicha participación se produciría como representante propio y directo, es decir, por cuenta suya y en beneficio de sus representados.

b) Una interpretación relativista, que entiende que el actual artículo 60.2 EBEP 2015 prohíbe detentar una representación o actuar por cuenta de otro, pero no prohíbe que un miembro de un órgano de selección pueda tener la condición de delegado sindical o de delegado de personal, o, sencillamente, ser miembro de una determinada organización sindical, y al efecto resultar propuesto para formar parte de un órgano de selección.

c) Una tercera opción en la que se plantea la posibilidad de que los representantes del personal puedan integrarse en los órganos de selección en base a diferentes títulos con los que se procuran legitimar su presencia, como pueden ser los de asesores, vocales con voz pero sin voto, o meros observadores sin voz y sin voto, pero conservando siempre y en todo caso el derecho a ser convocados y a asistir a las reuniones del órgano de selección, lo que sin duda

¹¹⁸³ FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. “La exclusión de la participación de las organizaciones sindicales en los órganos de selección de las Administraciones Públicas, por exigencia del Estatuto Básico del Empleado Público”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 306, 2008, p. 215-218.

permite un determinado grado de influencia y condicionamiento sobre las decisiones del órgano de elección¹¹⁸⁴.

En todo caso, a los efectos que ahora interesan ninguna de las hipótesis mencionadas admitiría que se pudiera negociar la participación de los representantes del personal en los órganos de selección del personal de las Administraciones públicas. Cuestión distinta es que a través de dicha negociación pudiera avalarse alguna de las interpretaciones mencionadas o permitirse la intervención de los representantes a través de algunas de las figuras expuestas, tales como pueden ser los asesores o los observadores¹¹⁸⁵.

Lo cierto es que en un primer momento, anterior siempre a la aprobación del EBEP, nuestra doctrina judicial había llegado a admitir el nombramiento de los representantes del personal en la comisiones de selección, lo que parecía no plantear especiales problemas siempre y cuando se cumpliera con el principio de especialidad que como se sabe demanda una cualificación profesional y una titulación acorde con el nivel de las plazas convocadas¹¹⁸⁶.

De la misma manera, también se advertía que el derecho a negociar los sistemas de ingreso, no comportaba automáticamente el derecho a participar necesariamente en las comisiones de selección, afirmándose como una cuestión distinta que a través de la negociación pudiera preverse la participación de los sindicatos en los correspondientes órganos de selección¹¹⁸⁷. Una integración que a todos los efectos se consideraba un sistema de participación institucional que debía darse de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 6 LOLS, es decir, en función de la mayor representatividad y con independencia de la condición o no de firmante de un determinado instrumento colectivo¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁴ Nos hemos ocupado ampliamente de estas hipótesis interpretativas en MAURI MAJÓS, Joan. “El acceso al empleo público”. En CASTILLO BLANCO, Federico A.; QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (Dirección y Coordinación). Madrid: IUSTEL, 2009, p. 314-319.

¹¹⁸⁵ Lo que por cierto ha sido despachado sin ningún rubor por alguna ley de función pública, tal como se puede ver en el artículo 97.6 LFPE, donde expresamente se dice que: “Las organizaciones sindicales que formen parte de las mesas de negociación correspondientes recibirán información sobre el desarrollo de los procesos de selectivos, pudiendo participar como observadores en todas las fases y actos que integran dichos procesos a excepción de aquellos en los que se delibere, decida y materialice el contenido de las pruebas, antes de su realización”. Un lúcido análisis sobre esta cuestión en FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “El acceso al empleo público”. En CASTILLO BLANCO, Federico A. (Director); QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (Coordinador). *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado del bienestar*. Madrid: IUSTEL, 2017, p. 176-179.

¹¹⁸⁶ La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 17 de mayo de 2001, JUR/2001/230713, resalta que los representantes sindicales como miembros de un órgano de selección, han de cumplir los mismos requisitos que los demás, sin que el tipo de representación que ostentan les exima de cumplir con el de la titulación necesaria y considerada conveniente para participar en un proceso de selección.

¹¹⁸⁷ STSJ de Aragón de 5 de noviembre de 2003, JUR/2004/88498.

¹¹⁸⁸ STSJ de Madrid de 25 de octubre de 2000, JUR/2001/198866.

A partir de la aprobación del EBEP esta jurisprudencia cambia de una manera sustancial para afirmar taxativamente que la presencia en los órganos de selección no puede darse en representación de nadie, exista o no un acuerdo o convenio colectivo que la prevea.

Es más, sin ningún tipo de reservas, se proclama abiertamente que el artículo 60.3 EBEP 2015 impone la exclusión de los órganos de selección de los representantes del personal designados por las organizaciones sindicales, al objeto de garantizar los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros con la finalidad última de evitar la introducción de ópticas no compatibles con los criterios constitucionales de igualdad y mérito. En congruencia con lo anterior, se considera que el precepto citado no permite que los miembros de los tribunales de selección sean propuestos o designados por organizaciones representativas de intereses, y entre ellas, las organizaciones sindicales, conclusión que, pese a la ambigüedad de la norma y la falta de mención expresa en la misma de los sindicatos y los órganos unitarios de representación del personal, puede obtenerse por la concisión de la expresión “nadie” y la consideración de la referencia explícita a la pertenencia siempre “a título individual”¹¹⁸⁹.

Más taxativamente algún pronunciamiento llega a afirmar rotundamente que es claro que en el momento actual las organizaciones sindicales no pueden designar a los integrantes de los órganos de selección del personal empleado público, por suponer dicha designación un vínculo de representación que el EBEP prohíbe y considerarse contrario a los principios de especialidad e imparcialidad que se considera un presupuesto esencial de un proceso de selección fundado en la igualdad y el mérito.

A lo anterior ha de añadirse que la inclusión de la composición de los tribunales de selección entre las materias objeto de negociación choca con los estrictos términos de la exclusión prevista en el artículo 37.2.e) EBEP 2015, en el que se establece que quedan al margen de la negociación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de selección, lo que implica que la integración de este particular tipo de órganos administrativos no ha de ser objeto de transacción¹¹⁹⁰.

No podemos cerrar este punto de nuestro trabajo sin una referencia a la previsión del artículo 61.7 EBEP 2015, donde se señala que para los sistemas selectivos del personal laboral fijo, las

¹¹⁸⁹ STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2010, JUR/2011/131902, donde se menciona expresamente que el objeto de la prohibición es evitar “el clientelismo sindical”. En la misma dirección, la STSJ de Galicia de 1 de diciembre de 2010, JUR/2011/51662; y la STSJ de Madrid de 24 de febrero de 2011, JUR/2011/192365.

¹¹⁹⁰ En esta dirección, la STS de 30 de noviembre de 2017, ROJ: STS 4344/2017. También, la STSJ del País Vasco de 16 de julio de 2014, ROJ: STSJ PV 223/2014.

Administraciones públicas podrán negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de la organizaciones sindicales en el desarrollo de los procesos selectivos.

Una norma que a juicio de la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión no enerva las previsiones del artículo 60.3 EBEP 2015, la cual se configura como una norma expresamente prohibitiva de carácter general y aplicable al conjunto de las relaciones de empleo público, señalando al efecto que lo que se permite negociar son las “formas de colaboración” pero no la participación en el procedimiento de selección y mucho menos la integración con cualquier título en los órganos de selección¹¹⁹¹.

¹¹⁹¹ En esta dirección, FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. La exclusión de la participación de las organizaciones, *ob.cit.*, p. 230-232; cuestión distinta es que dicha participación pueda consistir en otras acciones como pueden ser las de publicidad y la de información a sus afiliados, la de la formación para el acceso, o, a la vista del artículo 31.6 EBEP, la institucionalización de formas de seguimiento y control de los procedimientos selectivos que no pasen por la integración en los órganos de selección.

CONCLUSIONES

1. El estudio de la negociación para un ámbito determinado como puede ser la Administración local exige la previa caracterización del derecho de negociación colectiva de los funcionarios. Dicho derecho (1) se considera derivado de la libertad sindical y contenido esencial de la misma; (2) consiste en la capacidad de las organizaciones sindicales de utilizar procedimientos de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo; (3) ha de ser objeto de configuración legal a efectos de su integración en el estatuto de los funcionarios. Esta reserva de configuración tiene como función armonizar el ejercicio del derecho de libertad sindical con los principios constitucionales que han de presidir la organización y el funcionamiento de la Administración. La intervención del legislador ha de definir el contenido del derecho y las acciones propias de su ejercicio, regulando los órganos de la negociación, su objeto, procedimiento y efectos jurídicos. La configuración legal del derecho supone que su ejercicio solo puede llevarse a cabo en relación con el ámbito material previamente determinado por el legislador, que ha de garantizar un nivel de efectividad de la negociación que pueda asegurar la actividad del sindicato en defensa y promoción de los intereses que les son propios. Es decir, el legislador estatutario acota y a la vez afianza el ámbito material del derecho de negociación.

2. Los acuerdos colectivos han de ser considerados como verdaderos instrumentos ordenadores del estatuto de los funcionarios con capacidad suficiente para integrar, complementar y desarrollar las leyes propias de dicho estatuto en régimen de alteridad con el reglamento ejecutivo, en base a una efectiva separación de materias que toma como criterio delimitador la obligatoriedad o no de su negociación. Por lo tanto, entendemos que el acuerdo colectivo posee la naturaleza de una norma jurídica, constituyendo un verdadero tipo reglamentario de carácter específico que puede actuar como fuente secundaria del estatuto, sin que ello quiera decir que los instrumentos convencionales no puedan desarrollar otras funciones de naturaleza gestora pero de carácter general y objetivo. En cualquier caso, el acuerdo colectivo como norma del estatuto se subordina a la ley y a la presión superior de los intereses públicos. Ello quiere decir que la vigencia de un acuerdo no puede oponerse a la eficacia de las normas de mayor rango jerárquico, y también, que en determinadas circunstancias excepcionales y graves, los órganos de gobierno de las Administraciones por razones de interés público pueden adoptar medidas de suspensión o modificación del cumplimiento de una serie de cláusulas pactadas sin que ello suponga una lesión del contenido de un derecho de negociación que ha de darse siempre en el marco querido por la ley y que no puede constituirse en un obstáculo a la actividad de los poderes públicos encargados del aseguramiento del interés general. Guste o no guste, el acuerdo

colectivo es una norma del estatuto, es decir, es una norma que está en función de las necesidades objetivas de servicio al interés general.

3. La norma que regula las materias objeto de negociación es el artículo 37 EBEP 2015. Dicho precepto establece una serie de criterios generales de delimitación del objeto de la negociación que son los de alcance legal, competencia y ámbito respectivo. Las reglas mencionadas se completan con un sistema de doble lista que divide las materias entre las que serán objeto de negociación y las que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación.

4. El primero de los criterios utilizados para establecer el contenido de la negociación es el del alcance que legalmente proceda en cada caso. Por lo tanto es la ley la que delimita el objeto de la negociación. Dicho espacio depende del contenido material que deba darse a la reserva de ley del artículo 103.3 CE para la regulación del estatuto de los funcionarios, del respeto al principio de legalidad a que está sujeta la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33.1 EBEP 2015, y de la relación que pueda establecerse entre la negociación y el contenido del estatuto y de las leyes de desarrollo previstas en el mismo, que se establece en el artículo 31.7 EBEP 2015. Es decir, el derecho de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios ha de respetar el ámbito reservado a la ley y no ha de contradecir el ámbito cubierto por la ley. En consecuencia, resulta necesario (1) el estudio de la reserva de ley que nuestra Constitución prevé sobre el estatuto de los funcionarios públicos, (2) el análisis de las relaciones entre la ley y el producto de la negociación que denominamos acuerdo colectivo, en el bien entendido de que, en última instancia, dichas relaciones van a depender de la configuración de los preceptos de la misma ley, es decir, del alcance que la ley permita en cada caso al acuerdo colectivo.

5. La reserva de ley en la regulación del estatuto de los funcionarios públicos no es una reserva de una materia entera sino de una disciplina normativa que no impide la colaboración del reglamento o del acuerdo colectivo. Por lo tanto, entendemos que el contenido estricto de dicha reserva se agota en (1) la existencia de una institución denominada “el estatuto de los funcionarios públicos”, (2) la definición de unos contenidos que la pueden identificar como son el derecho de los ciudadanos a acceder a funciones públicas de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, la regulación de las peculiaridades del ejercicio de derecho de sindicación de los funcionarios, la existencia de un sistema de incompatibilidades y la determinación de las garantías que resulten precisas para la imparcialidad en el ejercicio de funciones públicas. Dichos contenidos resultan básicamente coincidentes con el ámbito de la reserva de ley que en

su día se consideró comprensivo de las normas relativas a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario; las condiciones de promoción en la carrera administrativa y las situaciones que en esta puedan darse; los derechos, deberes y responsabilidades de los funcionarios y su régimen disciplinario; así como la creación e integración, en su caso, de los cuerpos y escalas, y el modo de provisión de puestos de trabajo. Sin embargo, las coincidencias entre el programa legislativo incluido en el artículo 103.3 CE para la regulación del estatuto de los funcionarios y la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre el ámbito material de la reserva de ley en la materia función pública no han de esconder un elemento de divergencia con notables efectos sobre nuestro análisis. Nos hemos referido a él como el “elemento estatutario”. Es decir, en la doctrina clásica el estatuto de los funcionarios es un sistema de derechos y deberes propio de un grupo profesional específico estrechamente relacionado con la noción de servicio objetivo a los intereses generales. Desde una perspectiva sistemática, la regulación legal de dicho complejo de derechos y deberes debería limitarse a los que se considerarán necesarios para garantizar la imparcialidad y la eficacia en el ejercicio de las funciones públicas. Sin embargo, dicho concepto, tal como ha sido interpretado, parece haberse desvinculado de los principios esenciales de la institución y adoptado una lógica propia resultando comprensivo de la entera determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Transformadas las condiciones de trabajo en derechos y deberes estatutarios, su fijación se confía primariamente a normas con rango de ley y queda sustraída a los procedimientos de negociación, cuando tradicionalmente se han considerado dichas condiciones como contenidos típicos de la norma colectiva, una norma que se verá obligada a buscar otros territorios donde acreditar su efectividad.

6. En este marco hay que contar también con la doctrina del Tribunal Supremo que ha mantenido una interpretación estricta y formal de la reserva de ley en materia de función pública, asumiendo una imagen institucional del régimen estatutario como un sistema normativo pormenorizado, rígido y uniforme, articulado por las leyes del Estado y de las comunidades autónomas. En este ámbito, la negociación colectiva no tiene, no puede tener, la amplitud, la extensión y el alcance que acredita en el ordenamiento laboral. Sin duda, no le falta razón a nuestro Tribunal al advertir de que la posición del acuerdo colectivo en el sistema de fuentes del empleo público es el de una norma de tercer grado, situada después de la ley básica del Estado y de la ley de función pública de la comunidad autónoma. Pero no se trata solo de eso. En la conceptualización que enunciamos, la negociación colectiva de los funcionarios no solo ha de respetar el espacio de la reserva de ley sino que ha de contar con la autorización de

la ley misma, es decir, la vinculación del acuerdo colectivo a la ley es positiva. Solo se puede negociar aquello que la ley autoriza. La ley no es un límite, es una verdadera habilitación a la negociación colectiva.

7. El planteamiento hecho tiene un indudable impacto sobre el alcance de la negociación colectiva. La regulación de las condiciones de trabajo, concebidas como derechos y deberes propios del estatuto de los funcionarios, queda reservada a la ley en sus aspectos esenciales. El estatuto de los funcionarios se regula por leyes del Estado y de las comunidades autónomas, lo que sitúa al acuerdo colectivo en una posición subordinada, de carácter terciario. Por si esto fuera poco, el acuerdo colectivo solo puede abordar aquellos ámbitos que las leyes le encomiendan expresamente. Los resultados de esta interpretación llegan a ser tan desoladores que algunos tribunales se consideran obligados a advertir que no puede dejarse prácticamente sin objeto a la negociación colectiva, ya que el derecho a negociar forma parte también del estatuto de los funcionarios. Es más, la interpretación así realizada contrasta y diverge de la que se debería obtener con una lectura atenta del artículo 31.7 EBEP 2015, donde expresamente se mantiene que el ejercicio del derecho de negociación deberá respetar, es decir, no contradecir, el estatuto y las leyes de función pública.

8. Pero nuestro trabajo se refiere al ámbito de la función pública local, donde la situación expuesta adopta unos tintes propios y específicos. A tenor del artículo 92.1 LRBRL, los funcionarios al servicio de la Administración local se rigen, por lo dispuesto en esa ley, por el EBEP y por la restante legislación del Estado en materia de función pública, así como por la legislación de las comunidades autónomas, en función del correspondiente reparto de competencias. Por lo tanto, las normas que resultan aptas para satisfacer la reserva de ley en materia de función pública local resultan ser el resultado de una combinación de leyes sectoriales en materia de régimen local y de leyes generales en materia de empleo público. Dicha combinación es poco armónica por diacrónica. Es decir, podría encontrarse una cierta lógica en la articulación de un sistema donde las normas generales establecen el modelo abstracto del empleo público y las normas sectoriales lo adaptan a las especialidades orgánicas y funcionales propias de la Administración local. Sin embargo, ocurre que la relación de pacífica concurrencia entre dichos sistemas normativos quiebra cuando no existe compatibilidad entre el modelo general de empleo público y el sectorial del régimen local, dados los diferentes momentos históricos de su producción legislativa. Nos parece que hemos acreditado suficientemente que la LRBRL en sus contenidos propios referidos al régimen jurídico del personal, atiende a un particular momento histórico caracterizado por la necesaria

aplicación al ámbito local de la legislación de medidas de reforma de la función pública y por el incipiente desarrollo del modelo autonómico. Por tanto, las normas contenidas en el LRBRL sobre personal sirven en su día para contextualizar en el sector local las medidas de reforma de la función pública general estableciendo una serie de preceptos sobre competencias, equivalencias y límites que permitían “completar” el régimen jurídico de la función pública local y hacerlo operativo con independencia del estadio de desarrollo del ordenamiento jurídico de la correspondiente comunidad autónoma, asumiendo una perspectiva claramente homogeneizadora que toma como referencia el régimen jurídico de los funcionarios civiles al servicio de la Administración del Estado. Sin embargo, lo cierto es que la LRBRL no contenía, de hecho no contiene, un esquema acabado del régimen jurídico de la función pública local. Dicho esquema se localiza en el TRRL, en el que se procede a integrar los preceptos preconstitucionales de LFCE y del Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se articula parcialmente la Ley 41/1975, de Bases del Estatuto de Régimen Local, en lo relativo a los funcionarios públicos locales, con la LMRFP y los escasos preceptos operativos contenidos en la LRBRL. Además, hemos podido acreditar que en su día el TRRL procedió a una verdadera reformulación del sistema de fuentes propio de la relación de función pública local que no ha dejado de tener efectos. En el TRRL la regulación de las diversas instituciones de la función pública local se obtiene de las normas básicas de régimen local y de función pública, de las que dicte el Estado en función de las habilitaciones contenidas en la LRBRL, de la legislación específica sobre función pública local que pudieran dictar las comunidades autónomas, y del régimen jurídico de los funcionarios al servicio de la Administración del Estado, al que se puede recurrir supletoriamente o por equivalencia. En base a este modelo, la importancia y la saturación de normas estatales sobre el régimen jurídico de la función pública local resulta abrumadora. En la práctica el planteamiento de fondo es simple: el régimen jurídico de la función pública local ha de resultar homogéneo con el régimen jurídico de la función pública de la Administración civil del Estado, salvando las competencias propias de las comunidades autónomas que quedan reducidas a las normas que se dicten para regular específicamente el régimen jurídico de la función pública local, lo que provoca un movimiento reflejo de dichas comunidades para identificar las normas de su función pública local con las de la función pública de la Administración de la respectiva comunidad autónoma, evitando de esta manera la penetración del derecho estatal. En consecuencia, en este sistema siempre hay una norma de derecho objetivo a la que poder recurrir, con lo que la competencia local en materia de función pública resulta inexistente y el ámbito del acuerdo colectivo queda reducido a poco o nada,

salvo que se quiera presionar sobre el espacio de la gestión y administración del personal introduciendo al sindicato en las potestades de organización.

9. Pensamos que hemos justificado en el cuerpo de nuestro trabajo que este esquema puede y debe discutirse por una serie de razones, (1) por la existencia de una jurisprudencia constitucional que cuestiona directamente la capacidad del TRRL para actuar como norma básica del régimen jurídico de la función pública local, (2) por las correcciones introducidas por la doctrina del Tribunal Constitucional a la pretendida función del derecho estatal como norma supletoria del régimen autonómico y local en materias que no resultan de la exclusiva competencia del Estado, y (3) por el respaldo que han recibido los productos de la autonomía local para actuar como normas del estatuto de los empleados públicos.

10. De hecho, entendemos que el principio de autonomía local, que se invoca en el artículo 3.1 EBEP 2015, puede relacionarse expresamente con una serie de llamadas que el mismo texto estatutario hace a las Administraciones y a sus órganos de gobierno para desarrollar su regulación. A partir de ese hecho caben dos opciones interpretativas de distinto signo. Una, entender que dichas llamadas pueden referirse sin un particular esfuerzo interpretativo a las correspondientes instituciones locales, con lo que se acabaría reconociendo la capacidad de las normas locales para operar un desarrollo directo del EBEP; otra, avalar que inclusive después de la aprobación del EBEP, en ausencia de una ley de función pública que desarrolle la norma básica estatal sigue vigente el anterior sistema de fuentes protagonizado por la combinación de normas procedentes de la LMRFP, la LRBRL, el TRRL, y la genérica supletoriedad o equivalencia del derecho estatal y autonómico en materia de empleo público, con el impacto que la elección de una u otra opción pueda tener sobre el derecho de negociación de los funcionarios y la posición de los acuerdos colectivos.

11. En una hipótesis más arriesgada, puede llegar a plantearse que el reglamento local, negociado o no, detenta capacidad suficiente para asumir el desarrollo de aquellas instituciones reguladas en el EBEP cuya complitud última se ha encomendado a las leyes de función pública siempre que se cumplan una serie de condiciones. La primera: que dicho desarrollo se considere provisional o transitorio a la espera de la correspondiente ley de función pública; la segunda: que dicha regulación se enmarque en los principios y las reglas contenidas en el propio EBEP; y, la última: que dicha normativa se produzca sin invadir el espacio reservado a la ley en nuestro sistema de empleo público, eso sí, estrictamente considerado.

12. Si se acepta que la reserva de ley sobre la materia “derechos y deberes de los funcionarios” ha de limitarse a la regulación esencial de los mismos que pueda relacionarse directamente con las garantías que han de reconocerse a los funcionarios para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, quedando separados de lo que puedan ser las condiciones de trabajo; si admitimos, también, que la negociación colectiva ha de respetar el alcance de las leyes sobre función pública pero no necesita ser programada por las mismas para determinar dichas condiciones, resulta evidente que el alcance de lo que pueda ser la negociación colectiva de los funcionarios se incrementa sustancialmente. De la misma manera, si entendemos que las normas básicas sobre función pública local se limitan, hoy por hoy, a las contenidas en la LRBRL y a las declaradas expresamente básicas en el TRRL, aceptando además que la supletoriedad o la equivalencia no es una técnica apta para la regulación del empleo público local, la potestad normativa local reconocida en el EBEP como un vehículo apto para la regulación de dicha institución, puede proyectarse sobre un amplio territorio, que podría engrandecerse si reconocemos que el reglamento local puede cubrir las llamadas hechas en el propio EBEP a la competencia propia de las Administraciones o de sus órganos de gobierno, una tarea que puede adoptar una función más estratégica si se llegará a admitir, con todas las precauciones necesarias, que en defecto de norma autonómica, las habilitaciones que el EBEP hace a las leyes de función pública se pueden asumir transitoriamente por el reglamento local. Una posición que, por cierto, contrasta con una constante jurisprudencia que mantiene intacta la vigencia y posición de la LMRFP, la LRBRL y el TRRL en todos sus aspectos al efecto de configurar el sistema de fuentes propio de la función pública local a despecho de todo lo que se ha expuesto hasta el momento, y que solo tímidamente empieza a admitir la capacidad normativa local para el abordaje de las remisiones hechas por el EBEP a la potestad ordenadora de las Administraciones y de sus órganos de gobierno.

13. Con todo, el análisis de las relaciones entre la ley y el acuerdo colectivo no puede reducirse al de las relaciones entre la ley y el reglamento local. Las relaciones que se deben considerar son las que se derivan de la ley con un particular tipo normativo que definimos como acuerdo y que resulta ser fruto de la autonomía colectiva. De hecho, la introducción de la negociación colectiva en el sistema de función pública debería haber supuesto un cambio de modelo en la regulación de la relación de empleo sin que ello supusiera renunciar al componente objetivo propio del sistema estatutario. Se trataría de pasar de una disciplina centrada en la ley y en el reglamento a una disciplina equilibrada que asegurará la posición de la ley y el espacio vital de la norma colectiva. La introducción del derecho de negociación en la función pública debería

haber supuesto un repliegue de la ley y una forma distinta de disponerla y estructurarla. Esto no ha sido así. Es más, al coincidir el despliegue del nuevo modelo estatutario con la crisis económica, el sistema normativo propio del empleo público ha sufrido una verdadera mutación. De hecho, las leyes básicas del Estado han procedido a establecer las principales condiciones de trabajo de los funcionarios ocupando y reduciendo el espacio de la negociación. Por si esto fuera poco, las normas con rango de ley se han afirmado jerárquicamente sobre los acuerdos colectivos, desplazando o sustituyendo su contenido normativo y cuestionado su eficacia directa. La propia negociación colectiva parece haber cambiado su objetivo y orientación asumiendo como función propia la de disminuir o privar de efectividad a las disposiciones con rango de ley que pretenden ordenar las condiciones de trabajo para así mantener las adquiridas previamente por los funcionarios.

14. Por lo tanto, la necesidad de configurar un sistema ordenado de relaciones entre la ley y el acuerdo colectivo sigue siendo una cuestión no resuelta en el ordenamiento jurídico de nuestro empleo público. En este punto, el bagaje teórico aportado por la doctrina laboral para el análisis de las relaciones entre la ley, el reglamento y el convenio colectivo, resulta imprescindible. En el ordenamiento del trabajo se ha aceptado la capacidad de la ley para configurar sus preceptos de una forma distinta, de manera que el legislador puede optar por atribuirles la regulación de una materia de un modo cerrado o completo excluyendo a las normas colectivas, por establecer una norma de mínimos que se puede suplementar o completar por un instrumento colectivo o, incluso, por definirlos de una forma dispositiva aplicable solo en defecto de una regulación propia aportada por la autonomía colectiva. Pero es la ley, la estructura de sus preceptos, la que acaba determinando la amplitud y el alcance de la norma colectiva, apareciendo las conocidas relaciones de exclusión, complementariedad o mejorabilidad, complementariedad o colaboración y supletoriedad o disponibilidad de la regulación legal.

15. Nuestro análisis nos ha permitido comprobar que los preceptos del estatuto de los funcionarios se disponen sistemáticamente ignorando su posición con respecto a las normas colectivas. Las leyes de función pública no son capaces de establecer un dialogo adecuado con las normas colectivas. En principio, no nos sorprende que las normas de derecho necesario que excluyen a los productos de la negociación sean numerosas en el sector público. Dichas normas guardan una evidente conexión con la protección del interés general, la defensa de los derechos de los funcionarios relacionados con su imparcialidad y la posición última de una Administración cuya finalidad es servir con objetividad los intereses generales de acuerdo con los principios de eficacia y jerarquía. Las relaciones de complementariedad presuponen la

existencia de una norma de mínimos susceptible de mejora por un acuerdo colectivo. En el ordenamiento laboral se admite que cuando un precepto legal se refiere a una materia que no afecta al interés general y en la que no se excluye ni expresa ni implícitamente a la negociación colectiva, la regulación en cuestión resulta susceptible de mejora por el convenio colectivo. Por si esto fuera poco, el artículo 3.3 ET contiene el principio de norma más favorable como criterio de solución de conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas. Aún más, el mismo precepto reserva en exclusiva al convenio colectivo la posibilidad de mejora de una norma superior disponible en detrimento del reglamento al que expresamente se prohíbe establecer condiciones de trabajo. Pues bien, nada de esto existe en el sistema de función pública. Nuestro derecho carece de los mecanismos institucionales que favorecen la creación y el descubrimiento de normas mínimas que puedan ser completadas en beneficio de los funcionarios. De hecho, el estatuto resulta ser muy parco en la calificación expresa de sus normas como mínimas y susceptibles de mejora por la negociación colectiva. Aún más, en el sistema estatutario deducir la naturaleza mínima de una norma de su particular estructura es una operación trabajosa, no exenta de riesgo, que pasa por el estudio de su imperatividad concreta. Por lo demás, dicha operación corre el riesgo de ser corregida por una doctrina judicial que rechaza la introducción en la función pública de la relación norma mínima suplementada por una norma más favorable en base al componente estatutario que preside la relación de empleo. Más sencillo debería ser ubicar la relación de complementariedad entre la ley y el acuerdo colectivo en el seno del estatuto. De hecho, la conexión mencionada es una simple relación de colaboración normativa por la que se permite que una disposición remita a otra para completar su regulación y facilitar su aplicación. Es más, en el ámbito del empleo público se ha admitido explícitamente que una ley puede ser complementada directamente por un acuerdo colectivo. Sin embargo, en la función pública los problemas de la relación de complementariedad entre la ley y el acuerdo colectivo han de situarse en la admisión de las remisiones tácitas o implícitas. En el derecho laboral se acepta con naturalidad la legalidad de la remisión aun cuando no exista una llamada expresa al convenio colectivo en función de la natural necesidad de concreción de una norma jurídica. Una opción que resulta de difícil encaje en el modelo de comprensión de la relación entre la ley y la norma secundaria que domina el ordenamiento administrativo, concepción que parece estar comenzando a cambiar en base a una incipiente doctrina que se esfuerza en dotar de contenido y sustancia al derecho de negociación colectiva. La relación de complementariedad entre la ley y la norma colectiva que se produce cuando una norma legal se declara a sí misma como supletoria de lo eventualmente regulado es una relación extraña, por no decir desconocida, en el derecho de la función pública. La explicación puede encontrarse en

la lógica misma del sistema estatutario que parte de la idea de una sustancial homogeneidad en las condiciones de trabajo de los funcionarios pertenecientes a la misma estructura profesional. Precisamente, en el derecho laboral, la lógica última de las normas dispositivas se encuentra en la ampliación de las posibilidades reguladoras de la negociación para un grupo determinado de empresarios y trabajadores, lo que permite establecer diferentes niveles de derechos y deberes entre unos y otros, prescindiendo de la garantía uniformadora propia de la regulación legal. Una posibilidad que casa mal con el carácter homogeneizador del estatuto funcional.

16. Si recapitulamos lo que llevamos dicho sobre la relación entre la ley y el acuerdo colectivo, podríamos concluir que nada se opone en línea de principio a que las normas legales propias del estatuto de los funcionarios puedan llegar a establecer con las normas colectivas un dialogo similar al que mantienen las leyes laborales y los convenios colectivos. La diferencia estriba, con más o menos matices, en los principios y las lógicas internas propias del ordenamiento laboral y del ordenamiento administrativo que podrían ser modificadas por el legislador del estatuto o sus intérpretes en el momento en que se decidan a admitir en el seno de dicho estatuto una fuente colectiva de determinación de las condiciones de trabajo que posiblemente reduzca su homogeneidad en beneficio de su adaptabilidad, todo ello sin descartar también que la mayor presión de los intereses generales en un entorno público pueda incrementar la densidad de los preceptos de derecho necesario absoluto y disminuir o condicionar las normas que puedan llegar a declararse mejorables, interpretables, aplicables o disponibles.

17. A tenor del artículo 37.1 EBEP 2015, el objeto de la negociación ha de guardar relación con las competencias de cada Administración pública. Por tanto, las materias objeto de negociación han de resultar ser de la estricta competencia de las entidades locales. En consecuencia, puede afirmarse que el marco de la negociación está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de organización de dichas entidades que puedan incidir en las condiciones de trabajo de los funcionarios. Lo que sea la competencia local en materia de función pública se ha establecido en (1) la capacidad de determinar el número, características y retribuciones del personal eventual; (2) definir las funciones directivas y el régimen jurídico del personal directivo; (3) ordenar sus medios personales a través de la elaboración de los correspondientes instrumentos de planificación, ordenación y gestión del personal; (4) estructurar y clasificar profesionalmente a su personal; (5) formular y aprobar su oferta pública de empleo y las reglas básicas a las que se han de ajustar los procesos de selección; (6) determinar los sistemas de provisión de puestos; (7) promover la actualización y el perfeccionamiento de la cualificación profesional de su personal; (8) implantar las diferentes modalidades de carrera; (9) establecer

sistemas que permitan la evaluación del desempeño; determinar y aplicar las retribuciones complementarias; (10) establecer y desarrollar las correspondientes mesas de negociación, unidades electorales y sistemas de solución de conflictos; (11) fijar las jornadas generales y las especiales; señalar los supuestos de concesión de permisos por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar; (12) aprobar un Código de Conducta; (13) adoptar planes y otros sistemas de racionalización de los recursos humanos, (14) regular los plazos, procedimientos y condiciones de las situaciones administrativas; (15) corregir disciplinariamente las infracciones del personal y conceder el beneficio de la rehabilitación. A partir de ahí todo depende del alcance que se quiera reconocer a la autonomía local y al poder normativo y ordenador inherente a la misma.

18. En la esfera de sus competencias las entidades locales pueden aprobar reglamentos y otros instrumentos de ordenación del personal funcionario. De hecho, los acuerdos colectivos son un tipo reglamentario caracterizado por un procedimiento convencional de producción. Concebidos como una expresión propia de la potestad reglamentaria local en materia de personal, los acuerdos colectivos pueden beneficiarse del particular tipo de articulación que nuestra doctrina ha construido para definir el sistema de relaciones entre la ordenanza local y la ley en base al principio de autonomía local. Los puntos clave de esta teorización se fundamentan en una serie de ideas precisas: (1) el reglamento local se sitúa en una posición de no contrariedad con respecto a la ley; (2) la ley ha de garantizar al reglamento local un espacio real de intervención sustantiva que permita definir una política propia sobre una materia, (3) el reglamento local resulta apto para ocupar el espacio reservado a la ley pero no cubierto por ella, es decir, el espacio vacante o el dejado por un legislador más contenido; (4) los reglamentos estatales y autonómicos solo pueden ser considerados como un límite a la potestad normativa local en tanto se configuren como verdaderos reglamentos ejecutivos de las leyes. El fundamento último de este sistema de relaciones se basa en la consideración del reglamento local como una norma que resulta ser expresión de una autonomía legitimada democráticamente. Pero en el caso de los acuerdos colectivos hay alguna cosa más. El elemento democrático propio de la potestad normativa local se ve reforzado por el elemento participativo implícito que supone el hecho mismo de la negociación colectiva. El acuerdo colectivo es, sin ninguna duda, una manifestación directa de un derecho de participación en la producción normativa de los grupos directamente afectados por una regulación que potencia y amplifica la cualidad democrática de la autonomía local.

19. El artículo 37.1 EBEP 2015 señala que las materias serán objeto de negociación en su ámbito respectivo. Por tanto, la noción de ámbito condiciona el objeto de la negociación. Solo se puede negociar en un ámbito las materias que resultan ser objeto del mismo. La referencia al ámbito alude al nivel y a la unidad de negociación. El nivel se refiere a una posición en la estructura de la negociación. La unidad delimita a las personas representadas para la negociación. En todo caso, la unidad no tiene por qué coincidir con el ámbito de aplicación del acuerdo negociado que se puede referir a un determinado colectivo de personas.

20. La estructura de la negociación colectiva en la función pública se determina por la ley que regula el estatuto. Es la ley la que fija el nivel y las unidades de negociación que en última instancia se corresponden con la estructura territorial del Estado y con su particular sistema de distribución de competencias. En la parte superior de dicho esquema aparece una Mesa General de Negociación de todas las Administraciones Públicas, que según el artículo 36.2 EBEP 2015, ostenta capacidad suficiente para negociar las materias que resulten susceptibles de regulación estatal con el carácter de norma básica. El mismo precepto permite a las comunidades autónomas, en virtud de sus competencias exclusivas y compartidas en materia de función pública, constituir unidades de negociación en las que poder regular las condiciones de trabajo del personal funcionario de las Administraciones de su territorio, lo que sin duda incluye las del personal al servicio de las Administraciones locales y de las universidades públicas para las que resulte competente con carácter general. Por lo demás, el artículo 34.2 EBEP 2015, al reconocer la legitimación negocial de las asociaciones de municipios y de las entidades locales de ámbito superior para constituirse en un ámbito de negociación, permite la creación de verdaderas unidades virtuales de negociación a nivel supralocal, para la producción de una serie de instrumentos convencionales cuya eficacia jurídica proviene de un mecanismo de adhesión que han de activar los municipios interesados.

21. La verdadera unidad de negociación en una entidad local es la mesa general de negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que se describe en el artículo 34.1 EBEP 2015. Dicha unidad de negociación ha de complementarse, según el artículo 36.3 EBEP 2015, con la constitución de una mesa general de negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración pública. También, el artículo 34.4 EBEP 2015, prevé que dependiendo de las mesas generales de negociación del personal funcionario, por acuerdo de las mismas, podrán constituirse mesas sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las organizaciones administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos

y a su número. Por tanto, el nivel local es un espacio concurrido dotado de diferentes unidades entendidas como ámbitos correspondientes de la negociación, en el que habrán de convivir una mesa general de negociación de las condiciones de trabajo del personal funcionario, una mesa general de negociación de materias comunes al personal funcionario y laboral de una determinada Administración local, una comisión negociadora del correspondiente convenio colectivo propio del personal laboral y, si procede, una o varias mesas sectoriales.

22. En el nivel local, la convivencia entre mesas generales de negociación del personal funcionario, mesas generales de negociación de materias comunes y comisiones negociadoras de los convenios colectivos del personal laboral no resulta fácil, tiende a complicarse y enrarece la noción de ámbito apropiado como concepto necesario para delimitar de una forma pertinente el objeto de la negociación. La denominada mesa de negociación sobre materias comunes resulta ser una unidad obligatoria de negociación sobrepuesta a la mesa de negociación del personal funcionario y a la comisión negociadora del personal laboral. Dicha instancia parece tener un objeto específico de negociación articulado en torno al concepto “materias y condiciones de trabajo comunes”. La expresión resulta comprensiva de un ámbito que se ha de caracterizar por dos notas: las materias y condiciones a regular han de ser comunes; las materias y condiciones han de ser propias del régimen jurídico del personal funcionario y laboral, sin que puedan considerarse privativas o específicas de uno de ellos. Por tanto, lo que pueda ser el ámbito de las materias comunes se puede discutir, llegándose a defender dos tesis diversas: una, la que entiende que la negociación conjunta se puede extender a la práctica totalidad de las condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral, advirtiendo además de que a donde no se llegue se podrá articular siempre un texto unitario concebido en esta instancia de negociación que contenga la regulación específica propia del personal funcionario y laboral; otra, más estricta, que considera que las materias comunes son aquellas que reciben un tratamiento unitario en el estatuto del empleado público, como pueden ser los criterios generales sobre la planificación de recursos humanos, los sistemas de clasificación de puestos, las ofertas de empleo público, el acceso y la evaluación del desempeño, el incremento de las retribuciones, la formación continua, la acción sindical en los centros de trabajo, la prevención de riesgos laborales, los planes de previsión social complementaria y los de igualdad. Con todo, resulta evidente que la noción de lo común a efectos de negociación es opinable y está sujeta a interpretación. De ahí que la determinación de las materias que en cada momento puedan considerarse como comunes acabe resultando un territorio relativamente abierto e induzca un elemento de inseguridad en el objeto de la negociación. Es más, parece que los esfuerzos

realizados para dotar de sustancia a lo común parten de un dato previo como puede ser la lista de materias que han de ser objeto de negociación para la determinación de las condiciones de trabajo del personal funcionario olvidando que el ordenamiento jurídico laboral posee su propia lógica de determinación del objeto de la negociación. De hecho, nuestro trabajo nos ha permitido precisar que la última jurisprudencia social empieza a advertir de que ámbitos considerados como tradicionalmente comunes al personal funcionario y al laboral, como pueden ser la clasificación de puestos y la determinación de las retribuciones, pueden regirse por un distinto sistema normativo, lo que sin duda complica la determinación del objeto de la negociación. Por lo demás resulta evidente que la doctrina judicial intenta preservar la capacidad negociadora de aquellas representaciones que la ostentan en el ámbito del personal funcionario o en el ámbito del personal laboral y que carecen de ella en el ámbito conjunto. La idea de una representatividad reforzada por la consideración separada de la obtenida en las unidades de representación del personal funcionario y en las unidades de representación del personal laboral, sin duda ha acabado constituyéndose en un serio obstáculo para la consolidación de un espacio de negociación común a todos los tipos de personal. Por si esto fuera poco, los problemas de la negociación conjunta no acaban aquí. A los expuestos hay que sumar ahora los derivados de la peculiar naturaleza jurídica de sus productos convencionales. Hemos podido acreditar en el cuerpo de nuestro trabajo que los acuerdos sobre materias comunes tienen la consideración y los efectos de los acuerdos de condiciones de trabajo para los funcionarios y de los acuerdos sobre materias concretas regulados en el artículo 83.3 ET para el personal laboral. Pero una cosa es tener la consideración y efectos de un instrumento y otra distinta es ser dicho instrumento o tener la naturaleza de dicho instrumento. El tema no es baladí porque como se ha tenido ocasión de demostrar existe una línea doctrinal que considera los llamados acuerdos comunes como tipos únicos y singulares del estatuto de los empleados públicos para los que la ley que los regula ha establecido expresamente el ámbito de la negociación, el procedimiento de negociación y los correspondientes efectos, lo que supone que a dichos acuerdos habrá que aplicarles el régimen jurídico del artículo 38 EBEP 2015. En todo caso, lo que sí resulta evidente es que la noción de ámbito de la negociación, hoy por hoy, ha dejado de ser neutral e induce a un debate sobre la pertinencia del apropiado para considerar regular el proceso de negociación realizado.

23. El artículo 34.3 EBEP 2015, permite la creación de unidades sectoriales de negociación en atención a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios y a su número, y en base a las condiciones específicas de trabajo existentes en una determinada organización. El artículo

34.5 EBEP 2015 establece las reglas de articulación entre los niveles generales y los niveles sectoriales de negociación en atención a las materias objeto de negociación. La competencia de las mesas sectoriales solo puede comprender el régimen particular de los funcionarios del sector o las condiciones típicas de trabajo de una determinada organización que no hayan sido objeto de decisión por parte de la mesa general o los que esta explícitamente les reenvíe o les delegue. Es más, los conflictos normativos que puedan darse entre acuerdos generales y acuerdos sectoriales se han de resolver, a tenor del artículo 38.9 EBEP 2015, en base a los criterios de primacía y complementariedad. El criterio de primacía supone no poder modificar en el ámbito sectorial lo acordado en el ámbito general sobre determinadas materias ni abordar en dicho ámbito temas distintos a los expresamente remitidos o delegados por el ámbito general, mientras que el criterio de complementariedad implica que los acuerdos sectoriales, cuando aborden una materia ya regulada en un acuerdo general, se han de limitar exclusivamente a integrar y especificar el acuerdo del ámbito general. Lo cierto es que la constitución de un ámbito sectorial de negociación arrastra un determinado objeto de la negociación. De hecho, no todas las condiciones de trabajo se pueden pactar en cualquier nivel de la estructura de la negociación, a nuestro entender debe existir una correlación entre las condiciones de trabajo que se hayan de negociar y el nivel adecuado de negociación, de forma que, según cuáles sean las condiciones a tratar, se optará por una u otra unidad de negociación, dejando al margen las reglas de primacía y complementariedad que actúan como criterios de coordinación de las unidades de negociación, pero que no pueden llegar a imponer de una forma taxativa la supremacía de unas unidades sobre otras con independencia de lo que sea el ámbito más adecuado y pertinente de la negociación.

24. La negociación colectiva sectorial puede ser un instrumento válido para que determinados colectivos profesionales que ocupan posiciones estratégicas en un servicio público intenten transformar unas unidades de negociación pensadas para adaptar el régimen general de empleo a un ámbito específico en instrumentos que pueden ser utilizados para introducir condiciones más favorables en beneficio del grupo profesional. En cierta manera, los criterios de primacía y complementariedad pretenden evitar la producción de este tipo de situación en el que se produce una identificación entre posición profesional, corporativismo y negociación colectiva singular. Esta dinámica, que en el ámbito de nuestras corporaciones locales empieza a detectarse en el sector de la seguridad pública y las emergencias, acaba induciendo un particular sistema de relaciones entre los productos de los diferentes niveles y unidades de negociación que nuestro trabajo no ha hecho otra cosa que detectar. Problemas tales como los que pueden

resultar de la obligación de la ratificación de un acuerdo sectorial por un acuerdo de la mesa general de negociación, los inducidos por la posible expansión o traslación de un acuerdo sectorial de negociación hacía otros ámbitos específicos o los provocados por la sustitución de un acuerdo sectorial por un acuerdo de mesa general de negociación que se toma con la exclusiva voluntad de sustituir o desplazar al primero, parecen abrir el campo de lo que pueda ser el estudio de las relaciones entre acuerdos colectivos que mantienen entre sí relaciones de colisión o afectación más allá de los criterios legales de articulación.

25. Uno de los institutos propios del ámbito local de concertación es el de la negociación supramunicipal que se presenta en el artículo 34.2 EBEP 2015 cuando se reconoce la legitimación de las asociaciones de municipios, así como de las entidades locales de ámbito superior para negociar, advirtiéndose que a tales efectos los municipios podrán adherirse con carácter previo o posterior al resultado de la negociación que se lleve a cabo en el ámbito correspondiente. Lo que se instituye de esta manera es una unidad virtual de negociación con capacidad para producir una propuesta de acuerdo de mesa de negociación pero no un acuerdo colectivo, al faltar el trámite de aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno del correspondiente municipio. Si entendemos que el acuerdo en sí mismo es el producto de una mesa de negociación, es decir, una propuesta negociada, es evidente que constituye un todo orgánico, unitario y no divisible que deberá asumirse íntegramente por el órgano de gobierno del municipio que desee adherirse al mismo. De aquí que el artículo 34.2 EBEP 2015 refiera la facultad de adherirse a los acuerdos alcanzados en un nivel supralocal a los propios municipios. En este supuesto, lo que se pretende es la cobertura de una serie de vacíos negociales a través de una técnica más cercana a lo que podría ser la extensión que la adhesión. De hecho, en base a dicho precepto, hemos afirmado que un órgano de una entidad local puede decidir unilateralmente adherirse al acuerdo supramunicipal y proceder a su válida integración en el correspondiente ordenamiento interno. Una situación distinta es que en una determinada entidad local pueda constituirse la pertinente mesa de negociación por existir sindicatos legitimados para negociar en su propia estructura interna. La constitución de una unidad de negociación es una verdadera obligación jurídica, igual que lo es la de negociar de buena fe con la voluntad de llegar a acuerdos, acuerdos que pueden negociarse autónomamente o que pueden presuponer la asunción de la propuesta planteada por la mesa supramunicipal de negociación total o parcialmente en un instrumento propio con un contenido limitado, pero en todo caso nuevo y diferenciado del que se toma prestado con la introducción de una serie de regulaciones que se consideran propias. Aquí la negociación supramunicipal es un recurso auxiliar o si se

quiere una técnica de colaboración entre dos unidades de negociación que ahorra tiempo y esfuerzos en la negociación. En todo caso, hemos querido distinguir en nuestro trabajo entre la asunción voluntaria por un órgano de gobierno de un acuerdo constituido en una unidad de negociación supramunicipal que se extiende a la unidad propia y la adhesión que presupone un proceso de negociación en la correspondiente mesa y la creación de una nueva propuesta de acuerdo colectivo con autonomía y sustantividad propia. Precisamente, la existencia de una decisión de extensión o de un acuerdo de adhesión y de un acuerdo colectivo adherido genera una serie de dinámicas propias de las que el EBEP parece haber prescindido, en lo que no de ja de ser un notable vacío de regulación que hemos intentado cubrir prestando una especial atención (1) a los requisitos y condiciones de la decisión de extensión o el acuerdo de adhesión, (2) al régimen de vigencias, producto de la interrelación entre decisiones internas y externas, y (3) a los tipos de estabilidad de las diferentes regulaciones colectivas, incluyendo el régimen de interpretación y aplicación que se pueda dar sobre las determinaciones colectivas así obtenidas.

26. Las unidades de negociación se delimitan a través de la precisión de su ámbito personal, funcional, territorial y temporal. A todos estos elementos se refiere el artículo 38.4 EBEP 2015 como contenidos mínimos de un acuerdo colectivo. El objeto de nuestro estudio se ha centrado en el ámbito subjetivo y en las posibles segmentaciones que se pueden producir sobre el personal incluido en una determinada unidad de negociación. Más concretamente, los problemas planteados se han referido a las posibles exclusiones del ámbito de un acuerdo como pueden ser las introducidas sobre el personal directivo, el personal eventual, el personal no permanente y el personal jubilado. De hecho, el artículo 13 EBEP 2015 y el artículo 37.2 c) EBEP 2015, excluyen al personal directivo de la negociación, por tanto del ámbito de un posible acuerdo colectivo. El problema se plantea con el personal eventual que desempeña funciones directivas. La interpretación realiza nos ha llevado a afirmar que el personal eventual es una clase de empleado público que tiene reconocido el derecho a la negociación colectiva y, por tanto, debe ser incluido en el ámbito del correspondiente acuerdo colectivo. Igualmente, deben ser incluidos en dicho ámbito los funcionarios interinos con independencia de cuál pueda ser la circunstancia de su nombramiento, de manera que la provisionalidad de su situación no justifica la exclusión del correspondiente acuerdo colectivo. Finalmente, la admisión en el artículo 37.1.g) EBEP 2017 de la negociación de criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas parece permitir la incorporación expresa del personal jubilado en el ámbito la norma colectiva con efectos limitados a aquellas regulaciones que pudieran afectar a su situación particular.

27. Las materias objeto de negociación se determinan en el artículo 37 EBEP 2015 a través de un sistema de doble lista. Una lista de las que se han de negociar preceptivamente y una lista de las excluidas de la obligación de negociar. La lista que contiene el objeto de la negociación se determina por funciones y materias utilizando una serie de conceptos jurídicos de los que no se puede prescindir. En todo caso, la negociación lo es de las condiciones de trabajo de los funcionarios, no de su de entero régimen jurídico, y la negociación es también, por naturaleza, colectiva, es decir, referida a todos los funcionarios de un ámbito y no a un individuo o grupo concreto.

28. El sistema de lista establecido en su día en el EBEP se debe contraponer al sistema de lista con cláusula general previsto en la LORAP y al sistema de cláusula general del ET. El cambio introducido por el EBEP para delimitar el ámbito de la negociación en la función pública es sustancial y no ha sido suficientemente considerado ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia. Sencillamente, en el régimen estatutario no existe la libertad de elección de contenidos negociales propio del ámbito laboral. Es la Ley la que establece el objeto de la negociación. Cuestión distinta es que el listado de materias que han de ser objeto de negociación no se caracterice por su sistematicidad y precisión. Es más, la agregación de las mismas puede acabar produciendo una impresión de amplitud y extensión que sugiera la obligación de negociar el entero régimen de la función pública. De la misma manera, el sistema de doble lista, fundamentado en materias objeto de negociación y materias excluidas de la misma, puede ceder si se advierte de que la exclusión de la obligatoriedad de negociar es una simple exoneración de un deber, lo que permite negociar siempre que la voluntad administrativa así lo quiera. A nuestro entender la premisa de la que parten estas opiniones no tiene otro fundamento que la intención de procurar la asimilación del modelo de negociación estatutario con el modelo de negociación laboral; una premisa que nos parece incorrecta y poco atenta a los mandatos de la ley. Para nosotros, una delimitación del alcance de las distintas materias que han de ser objeto de negociación es posible, de la misma manera que pueden determinarse las que han de quedar obligatoriamente excluidas de la obligación de negociar. Es más, pensamos que la doble lista existente ahora en el artículo 37 EBEP 2015 proporciona un esquema director del repertorio de materias que han de ser objeto de negociación, o si se quiere una lógica, un sistema, una forma de interpretación, que permite contar con conceptos ordenadores para la distribución de los diferentes títulos de intervención propios de los distintos poderes presentes en la elaboración de normas y disposiciones propias del estatuto de los funcionarios.

29. El ámbito del objeto de la negociación se ha de delimitar en base a los conceptos de materia y función propios del análisis de los sistemas de distribución de competencias. En nuestro caso, la materia es una institución jurídica del estatuto de los funcionarios. El concepto de función hay que referirlo a las diferentes potestades de los poderes públicos que se pueden proyectar sobre una materia. Se puede distinguir entre una intervención legislativa y una ejecutiva, y dentro de esta entre actividades concretas, como pueden ser la normación, la ordenación, la coordinación, la planificación, la promoción o la fijación y aplicación. Por tanto, para conocer el contenido de una materia no hay que contar solo con el título sino que es preciso recurrir a la función que se puede ejercer sobre la misma y a la medida de la intervención. Igualmente, hay que ser conscientes de que existen actividades públicas que se proyectan sobre las materias objeto de negociación sin producir efectos directos sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. Se pueden citar aquí los actos políticos o los programáticos de los órganos de gobierno o los actos internos en forma de circulares, instrucciones y órdenes de servicios derivados directamente de la jerarquía orgánica o los actos materiales o técnicos de carácter instrumental y preparatorio.

30. La identificación del objeto de negociación se ha de remitir a una serie de materias como pueden ser retribuciones; carrera y promoción; derechos sindicales y de representación; tiempo de trabajo; acceso; ordenación profesional; acción social y prevención de riesgos laborales. En cambio, quedan fuera de dicho objeto las materias siguientes: las clases y tipos de personal; los deberes y las responsabilidades; la pérdida de la condición de funcionario; las estructuras profesionales; y las situaciones administrativas. De ello se deriva una conclusión de indudable trascendencia: las materias que han de ser objeto de negociación no coinciden con el entero régimen jurídico de los funcionarios.

31. En lo relativo al diseño funcional de la negociación, el artículo 37.1 EBEP 2015 utiliza expresiones como pueden ser la “aplicación”, la “determinación y aplicación concreta”, las “normas que fijen los criterios generales” o las “normas que fijen criterios y mecanismos generales”, la “normativa”, la “regulación que exija normas con rango de ley”, los “criterios generales”, “los planes”, las “propuestas”, sin que falte la citación de una serie de materias sin ningún tipo de condicionante funcional. Un examen más detallado de cada uno de los apartados que constituyen el artículo 37.1 EBEP 2018, nos lleva rápidamente a las siguientes conclusiones: desde una perspectiva funcional el objeto de la negociación se constituye por (1) las propuestas legislativas que afecten a las condiciones de trabajo de los funcionarios, un espacio que escapa al ámbito estricto del gobierno local; (2) las actividades de planificación,

reglamentación y ordenación de las condiciones de trabajo de los funcionarios; y (3) una función aplicativa proyectada sobre un ámbito muy estrecho comprensivo de la determinación de las retribuciones complementarias, el tiempo de trabajo y la movilidad cuando incida sobre las condiciones de trabajo.

32. La negociación en la función pública es siempre un proceso de determinación de las condiciones de trabajo. Por tanto, el concepto condiciones de trabajo resulta ser un elemento esencial de la constitución del objeto de la negociación. De hecho, dicho concepto tiene en sí mismo un aspecto delimitador del que solo hemos podido deducir (1) la no coincidencia del régimen jurídico de los funcionarios con sus condiciones de trabajo y (2) la estrecha relación del concepto con las condiciones del puesto de trabajo. Con todo, la negociación de las condiciones de trabajo es por naturaleza colectiva. El objeto de la negociación ha de tener una proyección colectiva al margen pues de las decisiones que atañe a una persona o a un grupo de personas o tiene un alcance individual.

33. En la actividad política de los órganos de gobierno se pueden separar una serie de ámbitos referidos a (1) el ejercicio de la iniciativa legislativa, (2) la concertación social o (3) la emisión de declaraciones o de directrices programáticas y de impulso de las autoridades administrativas. Nuestro trabajo nos ha permitido afirmar la necesidad de negociar la iniciativa legislativa y, a la vez, la especial naturaleza política de este tipo de actividad, lo que hace muy difícil, por no decir imposible, el control de la falta de cumplimiento de la obligación de negociar, cuando lo cierto es que la falta de negociación entendida como un presupuesto de inicio del procedimiento legislativo debería ser objeto de control, con independencia de cuál pudiera ser su resultado último, bastando al efecto una declaración de incumplimiento y un posible resarcimiento si cabe simbólico del daño producido. De la misma manera, hemos podido afirmar la consideración de los acuerdos de concertación como actos políticos o de gobierno. De hecho, se les considera pactos de carácter programático, una manifestación de la capacidad de dirección política del gobierno, lo que les permite quedar al margen de la negociación salvo que los mismos incluyan una regulación detallada de una materia o de una serie de materias que hayan de ser objeto de negociación. En cuanto a la función de impulso político que suele formularse a través de acuerdos de los órganos de gobierno que incluyen en sus contenidos directivas definidoras de resultados, objetivos o fines, que en principio aparecen como carentes de una eficacia jurídica directa, entendemos que han de quedar al margen de la negociación salvo que su especial naturaleza prescriptiva suponga de hecho una afectación directa de condiciones de trabajo. Nótese pues que la necesidad o no de negociación de la actividad de concertación social o de la

adopción de programas o medidas de dirección política se resuelve esencialmente en torno a las características del acto y de su contenido. Es decir, procederá o no la negociación del contenido del pacto o del acuerdo de gobierno si se afectan o no a las condiciones de trabajo de los funcionarios. Pero la necesidad de negociación no deriva de la naturaleza del acto sino de su contenido y de la incidencia que pueda tener sobre las condiciones de trabajo.

34. Las medidas de orden interior que conocemos como directrices, instrucciones y órdenes de servicio siguen el mismo camino. En principio, se las considera dictadas en ejercicio del poder jerárquico con el único fin de establecer criterios de aplicación e interpretación jurídica que habrán de seguirse por los titulares de los órganos subordinados, con lo que aquello que se está dictando no es un acto normativo sino un simple criterio de actuación amparado por el poder jerárquico que no ha de ser objeto de negociación. En todo caso, también aquí el aspecto clave de la cuestión es el contenido y los destinatarios del acto. Si dichas disposiciones inciden sobre las condiciones de trabajo y se refieren a la posición jurídica de los funcionarios, con independencia de su naturaleza jurídica, resulta preceptiva la pertinente negociación.

35. Hemos elegido delimitar el espacio de la negociación colectiva desde la perspectiva de las materias que no se pueden tratar, lo que nos lleva de la mano al estudio de la lista de exclusiones contenidas en el artículo 37.2 EBEP 2015. Dicho precepto refiere las materias que quedan eximidas de la obligación de negociar a las decisiones de las Administraciones que afecten a sus potestades de organización; a la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos, así como al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas; a la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo; a los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica; y a la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Si se analiza la relación expuesta se llega a la conclusión de que las exclusiones propuestas se centran en las potestades o poderes de organizar, dirigir y controlar la actividad de servicio o en derechos de terceros que se consideran ajenos al ámbito de la negociación como pueden ser los derechos de los ciudadanos, de los usuarios de los servicios o de los directivos públicos.

36. El artículo 37.2.a) EBEP 2015, nos dice que quedan excluidas de la obligación de negociar las decisiones que afecten a las potestades de organización, pero también advierte de que cuando dichas decisiones tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios procederá la negociación. Lo que puedan ser las potestades de organización no es

claro. Nuestra doctrina maneja un concepto de potestad entendida como un poder jurídico sobre terceros orientado a la satisfacción de un interés jurídico que se considera indisponible y no renunciable. Dicho poder se proyecta sobre la organización entendida como una estructura objetiva y subjetiva de un determinado aparato. Por tanto, en el seno de un sujeto público podemos distinguir entre la organización de las estructuras y la organización del trabajo o, si se quiere, de las relaciones de empleo. Concretamente, puede distinguirse entre la creación, modificación o extinción de las estructuras orgánicas y la organización de una función pública como institución. De la misma manera ha de diferenciarse la facultad de organización de la de dirección y control. Hemos entendido que el poder de organizar comprende en un sentido amplio el poder de dirigir, un poder de dirección que contiene la capacidad de especificar la prestación objeto del servicio y la posibilidad de definir una particular cultura del servicio de carácter integrador. A partir de ahí nos hemos propuesto estudiar de una forma separada las potestades de organización dirigidas a la configuración de la estructura interna, las de organización de una función pública y, en particular, las de definición de los instrumentos dirigidos a materializarla, y el concepto mismo de incidencia de dichas potestades en las condiciones de trabajo a efectos de considerar necesario el proceso de negociación.

37. Concebimos la potestad de organización como un poder para dotarse de estructuras internas y adaptarlas a las necesidades específicas existentes en cada momento con el fin de permitir una gestión eficaz. De hecho, hemos identificado hasta tres expresiones de lo que llamamos potestad intrínsecamente organizativa y que pueden determinarse de la manera siguiente: (1) la creación, transformación y extinción de órganos y organismos públicos, (2) el establecimiento y la definición de los modos y las formas de gestión de las actividades y los servicios públicos, y (3) la articulación de técnicas de relación de carácter interadministrativo para la prestación de actividades y servicios públicos.

38. La potestad de organización se expresa en una actividad interna de delimitación de órganos y unidades administrativas. Los órganos administrativos son unidades a las que se atribuyen funciones que tienen efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tiene un carácter preceptivo. Los órganos administrativos se especifican a través de normas de organización que resultan ser atributivas de competencias, mientras que las unidades administrativas se crean y se identifican a través de las relaciones de puestos de trabajo. La disposición interna de la organización suele moverse entre las normas que establecen la estructura orgánica básica, las que concretan los órganos superiores y directivos, y las ordenaciones de puestos para la creación, modificación o supresión de órganos y unidades de nivel inferior. Pero más compleja

resulta ser la situación a nivel local. De hecho, el artículo 21.1.a) LRBRL atribuye al Alcalde, de modo general, la dirección del gobierno y la Administración municipal, mientras que el artículo 24 TRRL, le reconoce la capacidad para determinar la organización de los servicios administrativos de la corporación en el marco del reglamento orgánico, norma que parece ser la autorizada para la determinación de los niveles esenciales de la estructura local y, si procede, para identificar y distinguir los órganos superiores y directivos, tal como puede deducirse del régimen singular planteado para los municipios de gran población. Respecto a los organismos del sector público, parece existir una coincidencia básica en remitir la disposición de su estructura organizativa a sus normas estatutarias, estatutos que han de regular la composición, funciones, competencias y rango de sus órganos, y el régimen de sus recursos humanos, con expresión también de las potestades administrativas que les pudieran corresponder para el cumplimiento de sus fines, entre las que se encuentra la potestad de organización de los propios servicios y estructuras internas, que cuando se expresa normativamente, puede requerir la aprobación del correspondiente órgano de gobierno de la entidad de que dependa. En todo caso, de lo dicho hasta el momento parece existir una coincidencia básica en que la potestad de organización incluye la capacidad de (1) delimitar los órganos administrativos propios de la estructura administrativa interna, (2) determinar su forma de integración y dependencia jerárquica, y (3) fijar sus funciones y competencias, todo ello en el marco de una reglamentación que identifique los órganos superiores y directivos y las estructuras esenciales propias.

39. Lo que sucede es que las normas de organización y estructuración interna se prevén expresamente en el ordenamiento estatal y autonómico como decretos de estructura orgánica y, si procede, como órdenes para la identificación de órganos inferiores. Pero de más difícil especificación es el sistema normativo utilizado en el ámbito local para articular la organización interna. De hecho, en esta materia debería intervenir el reglamento orgánico local, tal como prevé el TRRL y se ordena para los municipios de gran población, como mínimo para señalar los niveles esenciales de la organización. Pero lo cierto es que a menudo nada se dice en dicho reglamento configurándose la estructura de la Administración local a través de (1) un decreto de Alcaldía en el que se diseña un cartapacio o un sistema de concejalías delegadas, (2) un decreto de estructura orgánica o, simplemente, (3) aprobando un organigrama funcional. A partir de ahí el problema es conceptual y formal. Falta una definición de lo que pueda ser la estructura básica de la Administración local, pero es que además, la dispuesta se adopta por instrumentos de ínfima calificación como pueden ser los decretos de delegación de funciones, los de estructura, los de cartapacio o los simples organigramas.

40. Las organizaciones administrativas suelen estructurarse en cuatro niveles que se definen como órganos superiores, órganos directivos, órganos y unidades administrativas. En la Administración del Estado y en la de las comunidades autónomas, los dos primeros niveles se definen a través de decretos de estructura orgánica. Históricamente se habían identificado los órganos ordinarios a través de órdenes, una posición que parece haberse abandonado últimamente, de manera que los órganos y unidades administrativas se acaban concretando a través de la pertinente relación de puestos. Pero nada de todo esto parece ocurrir en la Administración local donde se ha podido constatar una falta de determinación de los instrumentos válidos para la constitución de las pertinentes estructuras. Si aceptamos que los órganos superiores de nuestras corporaciones locales deben identificarse con los cargos representativos, como pueden ser el Alcalde y los miembros de la Junta de Gobierno Local, si admitimos también que corresponde al Pleno la determinación de los niveles esenciales de la organización municipal, entendiendo por tales la definición de lo que puedan ser sectores, ámbitos o áreas de gobierno y de los tipos de órganos directivos, podremos también asumir que corresponde al Alcalde establecer la organización y estructura de la Administración municipal ejecutiva para cada mandato en función de las políticas públicas a adoptar, determinando el número y la posición de los órganos directivos que deberán existir y estableciendo los órganos inferiores. Cuestión distinta resulta ser la creación de otras estructuras administrativas que como unidades que son deberían reservarse al instrumento propio de la definición de las mismas que no es otro que la relación de puestos de trabajo. En ausencia de la definición de los niveles esenciales de la organización y la estructura orgánica municipal es evidente que la identificación de la misma se acaba haciendo a través de la especificación de los correspondientes puestos de trabajo de carácter singular, lo que produce la intromisión sindical en el estricto ámbito de las decisiones puramente organizativas. Por lo tanto, no es neutral el tipo de instrumento que pueda utilizarse o no para la definición de la estructura orgánica de una determinada entidad local.

41. No parece existir inconveniente para entender que los niveles esenciales de la organización municipal y los tipos de órganos directivos que se pueden llegar a utilizar deberían reservarse al reglamento orgánico municipal, sin perjuicio de su válida actualización y concreción al comienzo de cada mandato a través del pertinente acuerdo plenario. Más difícil resulta ubicar la potestad de creación de aquellos niveles de la organización que consideramos como órganos o unidades activas y que identificamos ordinariamente con la denominación de servicios, secciones o negociados. Aquí lo que se discute es si su creación y calificación responde a un puro ejercicio de la potestad de organización, lo que implicaría su exclusión de la necesidad de

negociación, o si, por su necesaria plasmación a través de la relación de puestos y sus posibles consecuencias en las condiciones de trabajo, requerirían de la misma.

42. Nuestra doctrina mantiene una apuesta clara por un procedimiento bifásico para determinar la organización y clasificar sus puestos. Las decisiones sobre organización administrativa pueden fijar los órganos, las unidades, sus competencias y su dependencia o inserción orgánica, mientras que la correspondiente creación, modificación o supresión de puestos que ello pueda conllevar habrá de realizar a través de los instrumentos de ordenación, una decisión que puede tomarse en un momento anterior, simultáneo o posterior a la aprobación de las decisiones sobre la estructura. Sin duda los efectos de las disposiciones orgánicas se han de materializar a través de las relaciones, pero dichos actos de organización no han de ser objeto de negociación, sin perjuicio de que proceda el correspondiente trámite convencional si dichas decisiones comportan una indudable y directa afectación de las condiciones de trabajo. El planteamiento es simple y debe ser retenido: una estructura administrativa dada, amparada en una decisión organizativa, puede ser un acto condición de otros sucesivos entre los que se podrán contar los de adaptación de puestos de trabajo que deberán ser objeto o no de negociación en función de su incidencia sobre las condiciones de trabajo. Por tanto, ha de aceptarse a priori que la definición de la estructura organizativa de una determinada entidad local es un simple acto de organización excluido de la negociación, siempre que dicha disposición se circunscriba a regular la estructura sin afectar las condiciones de trabajo que han de ser establecidas por la correspondiente relación.

43. Es en base a dicha doctrina que hemos podido concluir que (1) las normas y actos de organización orientados a la creación, modificación y supresión de órganos y unidades administrativas, a la determinación de su forma de integración y dependencia jerárquica, y a la delimitación de sus competencias y funciones, no han de ser objeto de negociación, (2) los efectos de dichas decisiones se han de vehicular a través de los correspondientes instrumentos de ordenación de personal cuya adaptación, en la medida en que se haya incidido en las condiciones de trabajo, ha de ser objeto de negociación, (3) la norma o acto de organización no debería contener medidas que puedan proyectarse sobre las condiciones de trabajo que se han de determinar a través de un acto de clasificación, (4) cabe siempre una modificación organizativa acompañada de una serie de medidas sobre el personal que pueden considerarse necesarias e imprescindibles para introducir con rapidez las nuevas estructuras administrativas, dichas disposiciones han de considerarse transitorias y provisionales, por lo que no pueden prolongarse más allá del plazo que resulte necesario para proceder a la adecuación de los

correspondientes instrumentos de ordenación, en cuyo momento se dará, si procede, el correspondiente proceso de negociación.

44. Las personificaciones instrumentales no se sitúan en la misma posición orgánica que las unidades administrativas. Son las leyes reguladoras de los distintos tipos de organismos públicos, las leyes específicas de creación, si las hubiere, y, en su defecto, las normas estatutarias que los definen como personas jurídicas las que actúan como elementos esenciales de encuadramiento de su particular estructura orgánica, sin que se deba olvidar el indudable papel jugado por los llamados reglamentos de organización de una entidad que aparecen como una disposición derivada o complementaria de la estatutaria para perfilar aspectos referidos a su estructura interna y régimen de funcionamiento. Los estatutos o sus normas de desarrollo suelen contener una primera determinación de la estructura organizativa del ente, con expresión de la composición, funciones, competencias y rango administrativo de cada órgano o unidad que se puede identificar. Asimismo dichas disposiciones suelen identificar el régimen de los recursos humanos, la necesaria existencia de una plantilla y de un instrumento de ordenación de puestos, el sistema de selección o de contratación que se habrá seguir y el mecanismo de adscripción del personal cedido por la Administración matriz. Son las menciones descritas las que suelen abrir el debate sobre la negociación o no de las reglamentaciones estatutarias y organizativas que acompañan a la estructuración de una entidad.

45. La doctrina parece diferenciar entre las regulaciones estatutarias relativas a la estructura orgánica, la distribución de competencias entre órganos y los procedimientos internos de funcionamiento que no han de ser objeto de negociación, y las que hacen referencia a materias relacionadas con sus medios personales que han de ser objeto de negociación, con lo que indirectamente se introduce al sindicato en el conocimiento de las normas estatutarias y de los reglamentos internos de organización que a menudo mencionan materias atinentes al régimen de su personal. Un planteamiento que nos parece erróneo por entender que legitimar la negociación de las normas mencionadas por la simple referencia a una serie de institutos jurídicos relacionados con la materia de personal significa un claro exceso. De ahí que hayamos concluido que (1) los estatutos y las normas de régimen interior de los organismos públicos han de limitar su contenido a las normas estrictas de organización relacionadas con la configuración de los órganos superiores y directivos; la determinación de sus competencias y funciones; su estructura interna y régimen de su funcionamiento; y el régimen jurídico de su personal, (2) las referencias hechas a determinadas materias de personal contenidas en dichas normas han de entenderse como normas atributivas de competencias o como referencias simples desprovistas

de todo contenido sustancial, por lo que no han de ser objeto de negociación, (3) las referencias hechas a la posible integración de personal procedente de la Administración matriz son a nuestro parecer instrumentos de redimensionamiento para la adecuación de las estructuras organizativas de personal que, al menos en un primer momento, se han de entender como decisiones organizativas fundadas en el mantenimiento de la actividad de servicio y en el buen uso de los efectivos existentes y que, por tanto, no deberían ser objeto de negociación.

46. La decisión de establecer un servicio público local es una expresión de la potestad de organización derivada del principio de autonomía que no ha de ser objeto de negociación. De igual modo, la reglamentación de dicho servicio debería estar, en principio, excluida de la negociación. Cuestión distinta es el impacto que el acuerdo de estructurar un servicio pueda tener sobre las condiciones de trabajo del personal preexistente en una determinada entidad local. En la medida en que dicha organización tenga una incidencia sustancial sobre las condiciones de trabajo del personal, dicha afectación habrá de ser objeto de la pertinente negociación. Por otro lado, la jurisprudencia existente acredita que la regulación de las condiciones generales de prestación de un servicio que tengan incidencia en las condiciones de trabajo habrá de ser objeto de negociación. A nuestro parecer se confunde aquí la reglamentación del servicio que solo se puede establecer en interés de sus usuarios con las disposiciones sobre empleo público en cuya determinación puede existir un interés colectivo. De esta manera se permite a las representaciones de los funcionarios incidir en una materia cuya regulación responde a la protección de un interés distinto al suyo como puede ser la ordenación de los derechos de los usuarios, unos derechos cuyo tratamiento, por cierto, está excluido de la obligación de negociar. En un sentido inverso, es evidente que la supresión de un servicio tiene una consecuencia directa sobre los puestos de trabajo de su personal. Por tanto, la desaparición de un servicio puede asimilarse a la eliminación de una serie de puestos con la correspondiente afectación de las condiciones de trabajo de los efectivos que los vinieran desempeñando. En todo caso, también aquí habrá que distinguir el doble plano al que antes se hacía referencia. La supresión de un servicio es un ejercicio legítimo de la potestad de organización que ha de quedar al margen del proceso de negociación. Dicho proceso, siempre que resulte obligado, se ha de diferir a la negociación de los correspondientes instrumentos de ordenación y movilidad a través de los que se materializará la reorganización de puestos, plazas y personas que resulte conveniente en cada caso.

47. El derecho de los entes locales a organizar sus servicios comprende la capacidad de elegir su forma de gestión en el marco de los principios, los condicionantes y las limitaciones

establecidas por la ley. La adopción de una determinada forma de gestión directa o indirecta supone la elección entre una estructura gestora interna o externa, es decir, supone una opción entre internalización o externalización de la gestión de un servicio. De la misma manera, la preferencia por un modo interno puede conllevar también la selección de una estructura pública o privada de gestión. También, desde una perspectiva interna, la determinación de una u otra modalidad gestora puede llegar a plantear una serie de procesos de integración o segmentación organizativa con un indudable impacto sobre el personal que identificamos con los conceptos de transformación, fusión o disolución de organismos en el sector público. En todo caso, la reestructuración de formas y modos gestores induce paralelamente una serie de procesos de reestructuración de funciones, efectivos y regímenes jurídicos del personal que afecta directamente a las personas que son objeto de los mismos pero también a las que forman parte de las estructuras en las que se encaja una actividad o un servicio público.

48. La opción de contratar o, si se quiere, externalizar un servicio, no está sujeta a la obligación de negociar. En principio, el paso de un sistema de gestión directa a otro de gestión indirecta no afecta de una forma inmediata a las condiciones de trabajo de los funcionarios adscritos a un servicio y, por tanto, no ha de ser objeto de negociación. Lógicamente, si como consecuencia de dicha resolución han de modificarse la relación de puestos o las condiciones esenciales de prestación de los servicios, dichas alteraciones o modificaciones tendrán que ser negociadas en un futuro próximo después de la adjudicación del servicio a un operador externo y como efecto derivado de dicha decisión.

49. Cuestión distinta es que la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios se acabe convirtiendo en un vehículo de condicionamiento de la contratación administrativa de servicios públicos garantizando la estabilidad de la plantilla de personal que asegura la prestación del servicio con independencia de su modo de gestión. De esta manera se admite que la negociación en el empleo público resulta ser un medio adecuado para condicionar la contratación de la gestión de un servicio atendiendo a una perspectiva estricta relacionada con el mantenimiento del empleo. Una opción que resulta discutible por el condicionamiento último que supone de las posibilidades de elección de los modos de gestión, y por el indudable impacto que dichas prescripciones tienen sobre terceros que no han sido parte en el proceso de negociación. Una situación distinta es la que se plantea cuando es la propia Administración la que utiliza sus posibilidades de contratación para la introducción de una serie de medidas de gestión de la propia plantilla que permiten la correcta utilización de los efectivos existentes deslindado la relación orgánica de la relación de servicio, admitiendo que los empleados

públicos que prestaban un servicio puedan seguir haciéndolo bajo el círculo rector de la empresa adjudicataria manteniendo su relación orgánica con la Administración.

50. Los procesos de internalización de la gestión de un servicio que venía siendo prestado por un operador económico son en principio procesos externos que quedan al margen del ámbito de la negociación de los funcionarios. Sin embargo, en aquellos supuestos en los que existen las condiciones propias de la subrogación legal previstas por el artículo 44 ET y la Directiva 2001/23/CE, nos hemos planteado el régimen jurídico con el que dichos trabajadores han de incorporarse a la Administración, las condiciones mismas de dicha incorporación, los efectos últimos que dicha incorporación presupone sobre los derechos del personal preexistente, y los derechos de información y consulta que al respecto pudieran tener los representantes de los funcionarios.

51. La recuperación de un servicio que constituye un supuesto legal de sucesión de empresa, en los términos que hemos detallado en el cuerpo de nuestro trabajo, presupone la conservación de las relaciones laborales y el mantenimiento de los derechos y obligaciones existentes hasta el momento. A partir de ahí el posible cumplimiento de las obligaciones derivadas de una sucesión legal no va a poder obviar los sistemas de clasificación de puestos de trabajo propios de los entes del sector público. También hemos señalado que el régimen jurídico de un tipo de puesto que se entiende reservado a personal funcionario no puede ser un obstáculo a la subrogación del personal laboral procedente de un operador privado. Sencillamente, las decisiones administrativas de clasificación de puestos no prevalecen sobre las consecuencias últimas de los mecanismos de sucesión legal. De la misma manera, las ofertas públicas de empleo y las tasas de reposición de efectivos que condicionan la incorporación de nuevo personal a las plantillas públicas no pueden operar como limitaciones propias a la incorporación de personal procedente de un proceso de subrogación. Sencillamente, los procesos de subrogación no resultan equivalentes a los de contratación de nuevo personal, y las normas presupuestarias no pueden resultar restrictivas de los derechos reconocidos por una norma laboral que resulta ser una transposición de una directiva europea. Con todo, seguramente el obstáculo más importante a la subrogación de personal procedente de un operador privado a un ente público es el principio de igualdad y mérito que pauta el acceso a las funciones públicas. Dicha dificultad parece salvarse ahora con el reconocimiento legal de la figura del personal subrogado que no es empleado público, lo que en la práctica supone la introducción de un nuevo tipo o variante de personal laboral que presta servicios en un ente del sector público conservando su régimen jurídico y sus condiciones de trabajo. Ello permite mantener su

relación laboral sin que la integración en un organismo presuponga la adición de ningún derecho propio del sistema de empleo público que pueda fundamentarse en el mérito y la capacidad. Si esto es así, lógicamente, la subrogación de este tipo de personal no afecta al personal funcionario o laboral de la correspondiente Administración territorial, por lo que la sucesión planteada no puede suponer ninguna actuación que implique sustraer a los empleados públicos preexistentes ningún derecho relacionado con la carrera o la promoción profesional.

52. En estos términos, no parece que la subrogación del personal laboral procedente de una sucesión de empresas haya de tener una especial incidencia sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios y, por tanto, sobre la necesidad o no de su negociación. Pero lo cierto es que la vulneración del derecho a la negociación colectiva se ha invocado en estos supuestos por aquellas organizaciones sindicales que pretendía frenar la integración del personal laboral procedente de un proceso de modificación del cambio de la forma o el modo gestor. Los argumentos utilizados al respecto pasan por considerar que la integración de dicho personal presupone una evidente afectación de las condiciones de trabajo de unos funcionarios que de esta manera ven disminuidos los posibles puestos a ocupar y sus oportunidades de carrera y promoción, lo que debería conllevar la correspondiente negociación. Por si eso fuera poco, se entiende también que la integración de este personal presupone la aceptación de un vía de acceso singular al empleo público que no ha sido objeto de negociación. Unas tesis que han sido rechazadas por una jurisprudencia que asume la integración del personal subrogado como el simple cumplimiento de unas normas laborales que no se pueden eludir, y que tienen como fundamento y justificación una decisión eminentemente organizativa de carácter general y objetivo, orientada a garantizar la continuidad de un servicio público a través de una serie de medidas que no suponen una regulación o repercusión directa sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios por no producir una merma de sus derechos de carrera profesional ni un acceso al empleo público.

53. Los procesos de sucesión de empresas que pautan los cambios en las formas de gestión presuponen una serie de derechos de información a favor de los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad, pero también a favor de los representantes de los trabajadores que con motivo de la transmisión van a acoger al personal subrogado siempre que el hecho sucesorio y las medidas derivadas del mismo puedan tener consecuencias para sus derechos laborales. Pues bien, el dilema que plantean dichos derechos de información y consulta es si se extienden también a los representantes de los funcionarios cuando la transmisión de la correspondiente unidad se hace a organizaciones institucionales en las que

dichos trabajadores habrán de coexistir con personal funcionario. Lo cierto es que las personas que pueden considerarse afectadas por las regulaciones sucesorias previstas en el ordenamiento laboral y en la Directiva son los trabajadores considerados como tales en dicha legislación. Es decir, el concepto de trabajador y de representantes de los trabajadores parece limitarse al establecido en las normas laborales que resultan de aplicación, es decir, a las personas protegidas como tales y en tal condición por el ordenamiento laboral del Estado. Un planteamiento que puede resultar paradójico si se tiene en cuenta que la norma laboral y la Directiva se aplican también a los traspasos de funciones y servicios entre particulares y Administraciones que no supongan ejercicio de autoridad pública, lo que implicar privar a las representaciones de los funcionarios de la seguridad y transparencia que los derechos de información y consulta mencionados aseguran a aquellos trabajadores que pueden ver su situación afectada por una sucesión empresarial.

54. Dentro de las formas de gestión directa, la opción por uno u otro tipo de estructura pública o privada de gestión puede conllevar un proceso de transformación de un organismo o entidad en una entidad pública, sociedad mercantil o fundación del sector público con la consiguiente adaptación de medios personales que resulte necesaria en función del cambio de naturaleza jurídica del ente de gestión. Aquí los instrumentos que entran en juego intervienen en momentos diferentes: la creación o transformación de un ente que acude a tipos de personificación en régimen de derecho privado, la posible atribución de potestades públicas a dicho ente y la necesidad de ejercicio de las mismas por personal funcionario de acuerdo con la reserva establecida en el artículo 9.2 EBEP 2015 que se puede intentar conseguir a través de técnicas de integración o adscripción funcional. Sin duda pueden existir funcionarios integrados en la estructura orgánica de determinadas entidades para el desempeño de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas. El supuesto no es nuevo y se ha venido aceptando de manera excepcional en las entidades públicas empresariales que admiten la inserción de funcionarios para el desempeño específico de las mencionadas responsabilidades. Llegados a este punto, vuelve a resultar útil la disociación entre dependencia orgánica y dependencia funcional del personal funcionario que puede producirse entre una Administración y una entidad de su sector público, de manera que el funcionario resulte adscrito orgánicamente a la Administración de referencia aunque preste sus servicios en una entidad instrumental sujeta al derecho privado. Por lo tanto, el funcionario depende orgánicamente de la correspondiente Administración y funcionalmente del ente instrumental correspondiente, lo que puede implicar una redefinición de su puesto de trabajo o una movilidad

de dicho funcionario a un determinado puesto de trabajo que permita la mencionada disociación. A las hipótesis apuntadas hay que añadir una tercera vía que nada tiene que ver con el ejercicio de las funciones públicas reservadas a personal funcionario, y que se da de una forma natural cuando se produce la transformación de un organismo de derecho público en otro de derecho privado con lo se plantea el problema de la correcta utilización del personal existente que mantiene una profesionalidad propia. La novedad que se añade ahora a las técnicas de integración orgánica y adscripción funcional es la de oferta de cambio del régimen jurídico de la relación de empleo, lo que supone una iniciativa pública para que de forma voluntaria se acepte la declaración de excedencia en la situación funcionarial y la suscripción en línea de continuidad de un contrato laboral con la correspondiente entidad del sector público. Aún más, en la práctica dichos procesos de cambio de régimen jurídico se tramitan como ofertas, convocatorias o protocolos de integración que implican un verdadero proceso de reasignación de efectivos sin recurrir a técnicas de planificación. En todo caso, se debe considerar ahora que las normas o criterios que regulan los procedimientos de integración, adscripción o cambio de régimen jurídico en función de los procesos de asignación de funcionarios a entidades empresariales o entes privados del sector público tienen sobre dichos funcionarios un efecto similar a las que regulan la provisión de puestos o la promoción profesional, sobre todo si acaban imponiendo a dichos funcionarios una integración o adscripción forzosa, con lo que deben formularse en términos de suficiente generalidad y abstracción para que se pueda considerar respetado el principio de igualdad y mérito que se desprende del artículo 23.2 CE, y que se refiere también a la carrera profesional y a la provisión de puestos.

55. A partir de aquí nos hemos planteado si las reglas o las disposiciones administrativas que regulan la integración y adaptación de los medios personales de naturaleza pública a entidades, sociedades y fundaciones que ajustan su régimen jurídico al derecho privado han de ser o no objeto de negociación. Dichos procesos consisten fundamentalmente en (1) una integración en la estructura orgánica de una entidad sin modificación de su régimen jurídico y sin alteración de su puesto de trabajo que se sujeta a los criterios estrictos del traslado o de la modificación de la adscripción del puesto de trabajo, (2) en una adscripción funcional lo que implica un cambio de puesto de trabajo y una sujeción al poder de dirección de los órganos directivos del correspondiente organismo del sector público, (3) en una alteración voluntaria o forzosa de la naturaleza jurídica de la relación de servicio con el consiguiente pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular. Obviamente, en el primer caso estamos ante un particular sistema de movilidad que habrá de ser objeto o no de negociación en función de la

afectación de las correspondientes condiciones de trabajo. En el segundo, la necesidad de reordenar la correspondiente relación de puestos para agruparlos en unidades precisas que hayan de depender funcionalmente de la correspondiente entidad privada parecería en principio necesitado del trámite de negociación. Pero si lo que se produce realmente es un simple cambio de adscripción del puesto y una alteración de la relación jerárquica que se predicará ahora de un órgano de dirección del correspondiente organismo del sector público, no parece que vaya a producirse una concreta afectación de las condiciones de trabajo que haga imprescindible la negociación. En el tercer y último caso, advertimos que nuestra jurisprudencia señala expresamente que el cambio de régimen jurídico inducido o voluntario resulta en sí mismo significativo de las alteraciones que pueden producirse en las correspondientes condiciones de trabajo, y presupone además que una determinada relación jurídica deja de regularse por el acuerdo colectivo de referencia y pasa a situarse en el ámbito de otro instrumento convencional, lo que hace procedente la negociación de las correspondientes ofertas, procesos o convocatorias de integración.

56. Las competencias públicas que fundamentan las actividades y servicios que prestan las Administraciones se pueden transferir, compartir o asistir, en función del sistema de ordenación de las mismas que pueda establecerse y de acuerdo con una serie de técnicas de relación interadministrativa que pueden basarse en la suscripción de convenios o en la constitución de consorcios dotados de personalidad jurídica propia. De esta manera pueden darse una serie de transferencias o cesiones de personal entre los distintos entes territoriales y las diferentes fórmulas de colaboración interadministrativa que pueden tener un indudable impacto sobre el régimen jurídico de dicho personal y sobre sus condiciones de trabajo.

57. Las transferencias de medios personales son una consecuencia directa del traspaso de competencias entre Administraciones públicas que ha de ser determinado por una Ley. Los acuerdos de transferencias se limitan a hacer operativas las reordenaciones de competencias y funciones que se hayan podido decidir legalmente, es decir, son instrumentos de carácter meramente organizativo que vienen a reordenar los medios personales y materiales que se precisan para el ejercicio de una determinada competencia o función. La determinación de los efectivos a transferir es una cuestión objetiva que se hace depender de la relación que pueda establecerse entre servicios a traspasar y efectivos adscritos en base al principio de utilización racional del funcionariado existente. Por lo tanto, la decisión de traspaso de una serie de medios personales es una determinación objetiva que se adopta en el ámbito de la potestad de organización orientada a garantizar la continuidad y la eficacia en la prestación del servicio

público. La situación jurídica del funcionario transferido es simple: se integra plenamente en la organización de la función pública de la Administración de destino y queda en la situación de servicio en otras Administraciones en la función pública de la Administración de origen. En la Administración de destino, al funcionario transferido se le han de respetar los derechos adquiridos en la de origen y ha de integrarse en pie de igualdad con el resto de personal de la función pública de la Administración de destino sin perjuicio de las necesarias adaptaciones derivadas de la incorporación a una estructura profesional distinta y a una nueva clasificación de puestos de trabajo. Ello quiere decir que, salvando el necesario respeto al principio de igualdad, las condiciones de trabajo existentes en la Administración de origen no han de ser objeto de mantenimiento o conservación en la Administración de destino. El funcionario traspasado mantiene sus derechos adquiridos y ostenta los mismos derechos que se estuvieran reconociendo a los funcionarios propios de la Administración de destino. Pero nada más. Con todo, hemos afirmado que en el ámbito de las relaciones estatutarias la operación de traspaso no ha de ser objeto de negociación. El traspaso y la adaptación de medios personales que se pudiera derivar del mismo es una actuación organizativa que resulta disponible para poder configurar la propia función pública y utilizar adecuadamente los efectivos de personal existentes. Al respecto, hemos acreditado que la escasa jurisprudencia existente nos advierte de que las decisiones de integración de personal en la función pública de otra Administración no son en puridad decisiones sobre condiciones de trabajo sino determinaciones atributivas de un determinado régimen jurídico que aparece previamente determinadas por la ley y que no han de ser objeto de negociación.

58. Hemos considerado a los convenios de colaboración o de delegación de competencias como figuras para la organización voluntaria y conjunta de un servicio o una actividad pública de interés compartido. Dichos instrumentos presuponen la puesta en común de los medios disponibles. En particular, la articulación de determinadas técnicas colaborativas permite a una Administración utilizar los medios personales de otra. Para ello se produce la disociación que ya conocemos entre relación orgánica y relación de servicios, es decir, entre titularidad y prestación de servicios. Ello quiere decir que en la práctica el convenio o el acuerdo de delegación van a actuar como reglas de atribución de competencias sobre el personal. El planteamiento es como sigue: un número determinado de efectivos de una concreta Administración conserva su condición de tal y su posición de servicio activo, aunque una serie de facultades sobre la gestión de dicho personal se atribuyen a una Administración distinta a la que resultan asignados. Ordinariamente, el objeto de la cesión se limita al campo funcional, es

decir, a las potestades de dirección y control de la relación de servicio. Si eso es así, la adscripción de un determinado personal a la esfera de dirección de una Administración presupone un cambio en la relación jerárquica pero no implica de por sí una modificación de las condiciones de trabajo que pudiera requerir de un proceso de negociación. Cuestión distinta sería que el correspondiente módulo convencional atribuyera a la Administración con la que se concierta una serie de facultades en materia de personal que pudieran implicar directamente un cambio de condiciones de trabajo, lo que supondría la necesidad de su negociación.

59. Los consorcios son entidades de derecho público, con personalidad jurídica propia y diferenciada, creados por varias Administraciones o entidades del sector público, entre sí o con participación de entidades privadas, para el desarrollo de actividades de interés común dentro del ámbito de sus competencias. Los estatutos de cada consorcio han de determinar la Administración pública de adscripción. La adscripción significa contar con el régimen jurídico de dicha Administración, que suele ser la que resulta dominante en el sistema que soporta el consorcio. Por tanto, el régimen jurídico del personal del consorcio será el de la Administración de adscripción. Con todo, la adscripción presupone comunicación de regímenes jurídicos de personal pero no anula la personalidad jurídica del consorcio que la sigue manteniendo como propia. En principio, el personal funcionario al servicio de los consorcios ha de proceder exclusivamente de las Administraciones participantes pero no se nos dice cuál puede ser el correspondiente mecanismo de integración. En buena lógica parece ser que dicho personal debería pasar al consorcio a través de los correspondientes procedimientos de provisión y movilidad. En principio, dada la comunicabilidad de regímenes jurídicos, la opción más sensata es que los consorcios se doten del correspondiente personal funcionario a través de las técnicas de traslado de efectivos y adscripción de puestos de trabajo procedentes de la Administración matriz. Igualmente, parece lógico que funcionarios de las diferentes Administraciones públicas puedan participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo que pudiera convocar el consorcio, pudiendo explorarse otras posibilidades alternativas para establecer medidas de movilidad más simple a través de otros instrumentos o técnicas de colaboración. En principio no parece que las operaciones de traslado o asignación de puestos de trabajo desde la Administración de adscripción hayan de ser objeto de negociación por tratarse de simples operaciones de gestión de personal que en nada han de modificar las condiciones de trabajo. Cuestión distinta podría ser la adopción de medidas de movilidad interadministrativa de carácter general y objetivo que quisieran establecerse para dotar al consorcio de medios personales procedentes del resto de Administraciones consorciadas, medidas que a modo de

critérios generales sobre movilización de efectivos entre organizaciones con distinto régimen jurídico de personal deberían ser objeto de negociación para procurar una adecuada adaptación. Por último, no estará de más advertir de que el consorcio en sí mismo puede ser conceptualizado como una organización específica válida para ser considerada una unidad de negociación sectorial, lo que sin duda permitiría introducir un cierto grado de homogeneidad en la determinación de las condiciones de trabajo de los efectivos integrados procedentes de distinta Administración.

60. Nuestro trabajo ha intentado definir lo que es la organización de una función pública. Determinar lo que estructura el empleo público de una determinada entidad no es fácil. Organizar un empleo público significa decidir los regímenes jurídicos, las clases y subclases de personal, los cuerpos y escalas, los puestos de trabajo y las estructuras de carrera que vamos a utilizar. De hecho, la organización de una función pública debería definirse de una manera objetiva al margen del concreto sistema de derechos y deberes propio del estatuto funcionarial. A nuestro entender, el régimen jurídico del funcionario como concepto resulta distinto y separado del sistema de organización de una función pública propia para una Administración dotada de autonomía. Es decir, para nosotros el estatuto de los funcionarios es un sistema de derechos y deberes mientras que la organización de la función pública es un sistema institucional que estructura y ordena la relación de servicios y la actividad profesional. Existe pues un espacio que podemos definir como organización de una función pública o de una burocracia pública. Dicho espacio como mínimo vendría a coincidir con el elenco de materias abordadas en el Título V EBEP, relativo a la ordenación de la actividad profesional, y de una forma más concreta con los sistemas y los instrumentos utilizados para racionalizar los recursos humanos, estructurar su clasificación y ordenar su actividad profesional. Dichos instrumentos son, hoy por hoy, los planes de ordenación de recursos humanos, las ofertas de empleo, las plantillas y las relaciones de puestos u otros instrumentos similares.

61. Desde una perspectiva estrictamente organizativa hemos distinguido entre una planificación que corre paralela a la creación de un determinado organismo público y una planificación racionalizadora que pretende la reestructuración del mismo. La primera fundamenta la estructura organizativa elegida, determina sus órganos directivos y establece una previsión en términos cualitativos y cuantitativos de los recursos humanos necesarios para su correcto funcionamiento. La segunda intenta reaccionar frente a las posibles necesidades de modificación de estructuras y hacer frente a los desfases cualitativos y cuantitativos que se puedan producir en la disposición de los correspondientes recursos humanos. Hemos dicho

también que a través de la planificación se pueden introducir una serie de decisiones que resultan configuradoras u orientadoras del modelo de organización y ordenación de los recursos humanos de una entidad pública. Medidas que en sí mismas consideradas pueden no ser otra cosa que la previsión de otras más concretas y específicas que se habrán de instrumentar a través de los instrumentos previstos en el ordenamiento general del empleo público. Sin embargo, después del correspondiente análisis de las normas vigentes sobre planificación de recursos humanos, hemos podido concluir que la perspectiva adoptada en nuestro ordenamiento sobre los planes de ordenación del personal es fundamentalmente operativa, adaptativa y reactiva, y no estratégica, estructuradora y anticipativa. La perspectiva adoptada sitúa a la planificación en una posición de carácter puramente instrumental: lograr la mejor distribución y utilización de los recursos que han sido previamente dispuestos y han resultado disponibles.

62. No hay que confundir los planes de ordenación de recursos humanos con los planes de empleo público o, si se quiere, con los planes de ordenación de las políticas de empleo en el sector público. Nuestras Administraciones disponen de un amplio margen de libertad para el nombramiento o la contratación de personal no permanente al margen de la naturaleza y el tipo de las posiciones a cubrir, libertad que se encuentra escasamente condicionada por normas de derecho objetivo que obliguen a la creación de puestos estructurales para la cobertura de las necesidades estables y permanentes de los servicios públicos. Hoy por hoy, a la determinación de necesidades en el empleo público se atiende única y exclusivamente a través de un instrumento limitado como puede ser la oferta de empleo público, concebido como un instrumento de gestión de procesos selectivos a través del cual se dan a conocer las plazas vacantes que se pretenden cubrir con nuevo personal permanente durante un ejercicio presupuestario. Se olvida así el planteamiento originario de dicho instituto que trataba de identificar, recoger y coordinar la demanda global de servicios profesionales y estables de un determinado sector público, facilitando el dimensionamiento adecuado de las necesidades reales de personal permanente. De hecho, la oferta de empleo público como sistema de programación de ciclo anual para el reclutamiento de personal permanente, que obligaba a que todas las Administraciones aprobaran y tramitaran de manera sistemática convocatorias periódicas de selección para la cobertura de las necesidades de sus servicios, ha ido decayendo en la medida en que se ha querido instrumentar dicha oferta como un mero vehículo de disciplina financiera de los costes de personal. La oferta de empleo público ha dejado de ser un instrumento de organización de la política de empleo para pasar a ser un instrumento de control de la política de empleo. Pero lo cierto es que nuestro trabajo nos ha permitido detectar la

existencia de una serie de instrumentos constituidos a modo de planes, catálogos o plantillas de carácter complementario que intentan introducir medidas de racionalización de efectivos en base al carácter permanente o no permanente de la relación de empleo. La pretensión de ordenar las relaciones temporales existentes en una determinada organización para evaluar el carácter estructural o no de las distintas posiciones y regularizar las situaciones temporales cuya situación no puede fundamentarse de forma objetiva tiene a nuestro parecer una indudable trascendencia organizativa. La finalidad última de los instrumentos mencionados puede localizarse en la obligación de conocer, seguir y controlar las políticas de nombramiento o contratación provisional, estableciendo un marco de ordenación adecuado que permita objetivar las necesidades estructurales de los servicios cubiertos indebidamente por personal no permanente y fijar una plantilla objetivo de los diversos servicios para un horizonte temporal dado, utilizándose al efecto los correspondientes instrumentos de planificación. De hecho, organizar el empleo público significa también decidir la tasa de temporalidad que se está dispuesto a admitir en la estructura del mismo, las causas o razones objetivas de dicha temporalidad y las formas jurídicas apropiadas para la correcta cobertura de las necesidades existentes. Nada de esto resulta posible cuando se atiende solo a las políticas de control presupuestario y se olvida la función programadora del número de efectivos y del tipo de empleo que han de jugar determinados instrumentos de gestión de los recursos humanos.

63. Hemos señalado expresamente que las Administraciones han de disponer de un sistema de estructuración de su empleo público que permita su organización. De hecho, los elementos de estructura y ordenación son en esencia los que definen el modelo o sistema burocrático de una determinada entidad pública. La estructuración de los recursos humanos en los entornos públicos se basa en los instrumentos establecidos en la legislación básica. Dichos sistemas son, de un lado, los cuerpos, escalas y especialidades, y de otro, los puestos de trabajo. Para cada uno de estos elementos se establece un instrumento de ordenación y gestión. Para los cuerpos y escalas se ha utilizado tradicionalmente la plantilla. Para los puestos, el catálogo o la relación. En todo caso ha de quedar claro que los sistemas de cuerpos y escalas y la estructura de puestos no son compartimientos estancos que se pueden aislar en función de su pretendido carácter subjetivo y objetivo sino que mantienen entre sí relaciones lógicas, de modo que es la clasificación de puestos la que orienta una determinada estructura profesional, de la misma manera que los puestos se definen también considerando los grupos profesionales que los pueden desempeñar efectivamente.

64. La estructura profesional de una determinada Administración se construye en base a un sistema de cuerpos y escalas de creación y determinación legal. En el caso de una entidad local dicha estructura se basa en los grupos de clasificación del personal funcionario previstos en el artículo 76 EBEP 2015, y en las escalas, subescalas y clases de los artículos 167 y 169 TRRL, que han sido declarados expresamente básicos. El artículo 167.4 TRRL habilita a cada corporación local para la creación de escalas, subescalas y clases de funcionarios. Por lo tanto, corresponde a cada una de nuestras corporaciones locales crear la estructura profesional que se considere más adecuada respetando los elementos de clasificación establecidos por la legislación vigente. En todo caso, hay que tener en cuenta que la aplicación del sistema de escalas, subescalas y clases, presupone la adopción de un acto jurídico de sistematización y calificación por el que se realiza la ordenación de los diferentes cometidos funcionales homogéneos que se pueden detectar en una entidad local. Dicho acto jurídico se instrumenta a través de la plantilla de personal. De hecho, entendemos que la confección y aprobación de una plantilla presupone un esfuerzo de determinación de la estructura profesional que se considera necesaria para la cobertura de los servicios que se tenga la obligación de prestar. Por tanto, la plantilla de personal clasifica y califica profesionalmente al funcionario local, es decir, determina su escala, subescala, clase y denominación. Además, la plantilla supone una relación numérica de la totalidad de los efectivos estructurada en grupos, escalas, subescalas y clases de personal. Por lo tanto, resulta ser un sistema de previsión que fija las necesidades de personal atendiendo a las correspondientes dotaciones presupuestarias y habilita la selección de las correspondientes plazas vacantes.

65. Desde una perspectiva técnica hemos entendido que el fundamento último del encuadramiento profesional en una Administración se encuentra en la ordenación de sus puestos de trabajo. Lo que pueda ser la ordenación de puestos de trabajo se define en el artículo 74 EBEP 2015. El precepto mencionado nos advierte de que la estructura de una organización se construye a través de relaciones de puestos, es decir, a través de su clasificación en forma de relación. La clasificación de puestos que conforma una relación presupone la existencia de un sistema general y abstracto de calificación construido en base a una serie de elementos mínimos de distinto orden como pueden ser la denominación, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. En todo caso, la relación es un instrumento ordenador de carácter racionalizador que ha de definir la totalidad de los puestos de trabajo existentes en una estructura pública con independencia del régimen jurídico de sus titulares. La configuración de dicho instrumento es una expresión de las

potestades de organización, lo que permite un margen de apreciación para el diseño y la configuración de puestos que solo resulta limitado por condicionamientos técnicos. Las relaciones de puestos ordenan necesidades de la organización pero también permiten su gestión. A través de las relaciones se crean, se modifican o se suprimen los puestos; se establece su régimen jurídico; se define su contenido funcional; se determinan los requisitos para su desempeño; los sistemas de provisión de puestos y sus complementos retributivos. El puesto define la organización de la función pública, pero también el estatuto jurídico de sus ocupantes con efectos directos sobre sus posibilidades de carrera y promoción profesional y sobre sus retribuciones. Pero se pueden separar perfectamente las operaciones de definición del puesto, de especificación de su régimen jurídico, de determinación de los requisitos necesarios para su desempeño, y de sus efectos últimos sobre las condiciones de trabajo del ocupante del puesto.

66. Tradicionalmente se relaciona la ordenación jurídica del empleo de una determinada organización con los instrumentos utilizados para establecerla. Dichos instrumentos son los de planificación de recursos humanos, las ofertas públicas de empleo, las plantillas de personal y los de clasificación de puestos de trabajo. Son precisamente dichos sistemas y mecanismos de clasificación los que han de ser objeto de estudio a efectos de establecer la obligatoriedad o no de su negociación.

67. Reconocida la plena competencia de las Administraciones locales para la aprobación de instrumentos de planificación de recursos humanos y de otros sistemas de racionalización de efectivos adaptados a sus especificidades, un análisis formal del párrafo c) y m) del artículo 37.1 EBEP 2015, nos permite afirmar que el objeto de la negociación han de ser en todo caso los planes de carácter más operativo que tienen como finalidad lograr una mejor utilización de los efectivos existentes, mientras que la negociación es de criterios para los planes más estratégicos y globales. En todo caso, para que sean objeto de negociación los planes han de existir y dotarse de un mínimo contenido de carácter sustantivo que permita la negociación de sus medidas más operativas. El plan resulta ser una expresión de la potestad de organización a cuyo amparo se ejerce la competencia de planeamiento y programación en materia de gestión de personal. El plan es, pues, un modelo sistemático de previsión de una actuación que permite dirigirla y encauzarla. Pero en el fondo, el plan por sí solo no modifica las condiciones de trabajo, permite habilitar una serie de medidas que se llevarán a la práctica a través de los diferentes instrumentos de ordenación y gestión de personal, es decir, a través de las modificaciones de las plantillas y las relaciones que permiten crear, suprimir o modificar plazas y puestos de trabajo. El plan, de hecho, es un instrumento necesario pero no suficiente de una

política de racionalización de personal. Es precisamente el carácter descriptivo y propositivo del plan el que ha inducido a alguna jurisprudencia al considerar que el plan no ha de ser objeto de negociación por no incidir directamente en las condiciones de trabajo, siendo las decisiones expresas y tasadas derivadas del plan las que en su caso habrán de ser tratadas convencionalmente. Una tesis que podría ajustarse al perfil de los llamados planes estratégicos pero que resulta de más difícil aceptación para los denominados planes operativos que suelen formular propuestas concretas de corrección de determinadas situaciones dadas y de adopción de medidas de excepción que pueden llegar a impactar sobre las condiciones de trabajo. De ahí que, en base a la jurisprudencia existente sobre esta materia, hoy por hoy debemos afirmar que, existiendo una razonable continuidad temporal entre el plan y la implementación de una serie de medidas operativas, los instrumentos de planificación han de ser objeto del pertinente trámite de negociación con independencia de que se les defina como un plan estratégico, un plan operativo o una simple medida de racionalización.

68. En lo que respecta a la oferta de empleo público el planteamiento es simple y la doctrina coherente: lo que se negocia, de acuerdo con el artículo 37.1.1) EBEP 2015, son los criterios generales sobre ofertas de empleo público. Si eso es así, el objeto de la negociación son los criterios generales para proceder a la elaboración de una oferta pública y no una concreta y específica oferta pública que pudiera resultar de la aplicación de dichos criterios. En todo caso, la negociación de los criterios mencionados va a estar seriamente condicionada por las disposiciones de la ley presupuestaria que fijan tasas de reposición de efectivos y sectores prioritarios de actuación. Con todo, el hecho mismo que el artículo 70.3 EBEP 2015 permita que la oferta pueda contener medidas derivadas de la planificación de recursos humanos parece abrir una serie de posibilidades a la negociación que puede versar, por ejemplo, sobre la posibilidad de convocar plazas por la modalidad de promoción interna, por la de estabilización o consolidación del personal temporal o por los turnos de personas con discapacidad. Por tanto, los criterios que pueden ser objeto de negociación pueden proyectarse sobre las posibles ofertas de empleo público que puedan tener cabida dentro de los límites autorizados por la legislación presupuestaria como pueden ser las generales y las adicionales de estabilización, sobre la aplicación de la tasa de reposición, su distribución y acumulación entre los diferentes sectores, ámbitos y estructuras profesionales, sobre los criterios mínimos que se puedan adoptar en los procesos de selección, y sobre una serie de modalidades de acceso que atiendan a necesidades específicas en favor de determinados grupos sociales o funcionariales como pueden ser la promoción de personas discapacitadas, la promoción interna, la estabilización de empleo y la

funcionarización. De hecho, podríamos decir que, hoy por hoy, la negociación de la política de empleo en nuestras Administraciones públicas pasa por la negociación de los criterios generales para la elaboración de una o varias ofertas públicas de empleo.

69. En la lista de materias que han de ser objeto de negociación del artículo 37.1 EBEP 2015 no hay ninguna referencia directa a la plantilla de personal. De hecho, cuando se ha querido negociar la plantilla se ha alegado su directa conexión con el presupuesto y su consideración como una materia económica que debería ser objeto de negociación. Pero lo cierto es que nada obliga a negociar la plantilla que, además, es un instrumento separado de la oferta de empleo público y de la relación de puestos. Sin embargo en el ámbito de la Administración local la plantilla es algo más. La plantilla materializa la estructura profesional de una entidad local, es decir, clasifica su personal. Por si eso fuera poco, la plantilla es un instrumento presupuestario que cuantifica el número de efectivos que cuentan con la correspondiente dotación. De ahí que aunque se pueda afirmar que la plantilla de personal no debería ser objeto de negociación por tratarse de un mero instrumento de gestión de personal, entendemos que la decisión sobre supresión de plazas vacantes cubiertas provisionalmente por personal interino debería ser objeto del oportuno trámite de negociación por afectar directamente a las condiciones de empleo de dichos funcionarios.

70. Las referencias hechas a la negociación de los instrumentos de ordenación de puestos de trabajo en el ordenamiento jurídico vigente son de carácter y naturaleza diversa. El artículo 37.1.c) EBEP 2015 menciona expresamente la necesidad de negociar las normas que fijen criterios generales en materia de sistemas de clasificación de puestos de trabajo; el artículo 37.2.a) EBEP 2015, contiene la obligación de negociar aquellas decisiones de las Administraciones públicas que afecten a sus potestades de organización cuando tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo; finalmente, una serie de párrafos del artículo 37.1 EBEP 2015, prevén la negociación de un conjunto de materias como pueden ser la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias, el acceso, la carrera, la provisión y la movilidad, sobre las que van a incidir las medidas de ordenación dispuestas en una relación de puestos.

71. Lo que pueda ser la negociación de las normas y criterios para la elaboración de un sistema de clasificación de puestos se ha de reconducir a la negociación de las normas y criterios para el establecimiento de un sistema técnico de clasificación de puestos y se ha querido distinguir del resultado ofrecido por la operación de clasificación, es decir, de la clasificación de cada

puesto en la correspondiente relación, una operación de carácter concreto y particular eminentemente aplicativa. Por lo que hace al ejercicio de la potestad de organización y su necesidad de negociación, parece evidente que la creación, supresión o modificación de uno o varios puestos de trabajo es un ejercicio directo de dicha facultad. En el marco de sus competencias de organización las Administraciones públicas estructuran sus puestos de trabajo. Como se ha visto, las decisiones tomadas en ejercicio de las potestades de organización que tengan repercusión sobre las condiciones de trabajo han de ser objeto de negociación. Por tanto, podemos concluir que las decisiones de determinación de puestos que incidan en las condiciones de trabajo deben ser objeto de negociación. A continuación se ha de añadir que caben decisiones organizativas sobre la definición de los puestos que no afecten a las condiciones de trabajo de sus posibles ocupantes. En todo caso, las decisiones que les conciernen han de tener una efectiva y directa repercusión sobre unas condiciones de trabajo que en principio son las consideradas como materias objeto de negociación en el apartado uno del artículo 37 EBEP 2015. Por tanto, la negociación va a depender de la interpretación que se quiera dar al concepto de repercusión sobre las condiciones de trabajo. Hoy por hoy, en nuestra doctrina el término “repercusión” implica que la decisión posea en sí misma un contenido sustantivo y una incidencia real en las condiciones de trabajo. De la misma manera, el concepto “condiciones de trabajo” se entiende estrictamente y se limita a las condiciones en que se desempeña un puesto determinado. En todo caso, hemos concluido que el objeto de la negociación no es, no puede ser, la decisión organizativa sino su repercusión. Por tanto, lo que se negocia no es la medida de organización sino la directa afectación que la misma puede producir sobre las condiciones de trabajo. Entendemos, también, que las operaciones de ordenación de puestos son por naturaleza operaciones de creación, modificación o supresión de puestos y, en consecuencia, de modificación de las condiciones de trabajo que se hayan podido definir a través de la correspondiente relación. Al respecto hemos advertido de la existencia de un debate no menor sobre la necesidad de negociación de la determinación de la clasificación de un puesto de trabajo que afecta fundamentalmente al acto de su creación. A nuestro parecer la pura creación de un puesto de trabajo no afecta a las condiciones de trabajo de los funcionarios preexistentes que no ven, por una decisión puramente organizativa, alteradas directamente sus condiciones de trabajo con independencia de sus expectativas de carrera o promoción. Dicha tesis resulta más difícil de sostener cuando la decisión se refiere a la supresión de un puesto vacante desempeñado por un interino. En principio, puede sostenerse que la simple eliminación de un puesto no afecta a las condiciones de trabajo, pero lo cierto es que sin duda puede repercutir sobre los funcionarios interinos que ocuparán dicho puesto. Ello

no parece impedir la existencia de una línea jurisprudencial en la que se sostiene que los actos de supresión de puestos decididos en ejercicio legítimo de la potestad de organización y fundamentados en razones objetivas derivadas de una alteración de las circunstancias económicas no han de ser objeto de negociación aunque afecten a la permanencia de los funcionarios interinos en razón de la provisionalidad que caracteriza su nombramiento, y porque la afectación, en caso de producirse, no repercute sobre las condiciones de trabajo sino sobre la misma relación de servicio considerada como una condición de empleo. Por tanto, parece abrirse camino una doble tesis sobre esta materia que podríamos definir de la manera siguiente: (1) los actos de creación de puestos aunque pueden llegar a tener una relación indirecta con las expectativas de carrera de los funcionarios no deberían ser objeto de negociación por no afectar de forma inmediata a las condiciones de trabajo de los funcionarios; (2) los actos de supresión de puestos de trabajo vacantes deberían ser objeto de negociación cuando pudieran tener repercusión sobre la situación de los funcionarios interinos que los pudieran ocupar, debiendo quedar en un segundo plano los efectos que dichas extinciones pudieran tener sobre las expectativas de carrera de los funcionarios al no producirse una repercusión de carácter directo e inmediato sobre sus condiciones de trabajo. Finalmente, en cuanto a la necesidad de negociación de las modificaciones introducidas en una relación en función de la alteración de determinados contenidos propios de la misma, como pueden ser la determinación de las retribuciones complementarias o de los sistemas de provisión, es evidente que la obligación de negociar se obtiene aquí a través de técnicas de conexión material. Es decir, la clasificación de puestos ha de ser objeto de negociación por su evidente conexión con otros ámbitos que han de ser objeto de negociación. En el fondo late detrás de estos planteamientos una concepción expansiva de la materia que ha de ser objeto de negociación y una percepción de que dicha negociación en sí misma es más una obligación de procedimiento que de resultado, olvidando que es la ley la que define las materias objeto de negociación en función de los intereses públicos en presencia y no la percepción que se pueda tener sobre el derecho de negociación en el seno de la institución estatutaria.

72. Si abordamos ahora el contenido de la relación de puestos, advertiremos que dicho instrumento cumple la doble función de concretar la estructura administrativa y especificar el ejercicio de una serie de derechos de los funcionarios determinando sus condiciones de trabajo. Si eso es así, hemos defendido que en nada afecta a dichas condiciones la determinación de la denominación, el contenido y la posición de un puesto. A nuestro entender dichos elementos básicos de la clasificación de un puesto son una expresión directa de la potestad de organización

perfectamente separable de las determinaciones del puesto que pueden llegar a afectar a las condiciones de trabajo. Por lo tanto, deberíamos poder distinguir y separar la función organizativa y la función ordenadora de una estructura de puestos. De la misma manera deberíamos poder diferenciar entre contenidos de la definición de un puesto directamente estructuradores de una organización y contenidos ordenadores de las condiciones de trabajo de sus posibles ocupantes. A partir de ahí el problema se desplaza a considerar el contenido mismo de una relación de puestos que, hoy por hoy, está sujeto a diferentes modelos normativos. Entre los diferentes esquemas normativos que maneja nuestra jurisprudencia para definir el sistema de fuentes que resulta de aplicación al contenido mínimo de una relación de puestos en un ámbito concreto como es el local hemos optado por la aplicación directa del de las previsiones establecidas en el artículo 72 y 74 EBEP 2015. Dicho modelo presupone reconocer a nuestras entidades locales la capacidad de estructurar sus organizaciones en base a una relación u otro instrumento similar. Dicha relación o instrumento de clasificación ha de poseer en todo caso un contenido mínimo que comprenderá, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas a que estén adscritos en su caso, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. Dicho contenido mínimo es el que se debe considerar a efectos de su posible negociación.

73. En nuestro trabajo hemos pretendido acreditar que existen una serie de contenidos mínimos de la relación de puestos que no han de ser objeto de negociación. Dichos contenidos comprenden (1) la identificación del puesto y de su contenido funcional, su denominación y decisión de adscripción a un órgano o centro directivo, por formar parte del contenido intrínseco de la potestad de organización, (2) la determinación concreta del régimen jurídico de un determinado puesto, dejando al margen una posible negociación sobre criterios generales de clasificación, (3) en cambio los requisitos de desempeño de un puesto, que han de considerarse siempre congruentes con el núcleo funcional del mismo, deberán ser objeto de negociación por transformarse en requisitos de provisión de un puesto que tienen una indudable repercusión sobre la carrera profesional, lo que implicará negociar las opciones referidas a los grupos de clasificación, profesional, cuerpos o escalas de adscripción, (4) de la misma manera es indudable que los sistemas de provisión del puesto y sus retribuciones complementarias deberán ser objeto de negociación por la indudable relación que mantienen con la determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios o con los sistemas de carrera profesional de carácter vertical.

74. A lo largo de nuestro trabajo hemos tenido ocasión de explicar que el artículo 37.2.a) EBEP 2015, aunque en buena lógica presupone la exclusión de la negociación de las decisiones de organización, muta en un nuevo título de la negociación que obliga a tratar la repercusión de dichas decisiones sobre las condiciones de trabajo contempladas en dicho precepto. En este caso el objeto de la negociación no son las decisiones organizativas sino su repercusión sobre las condiciones de trabajo, es decir, su efecto último sobre dichas condiciones. A tener en cuenta que la norma en cuestión precisa de una manera muy indirecta cuáles son las condiciones de trabajo que pueden ser objeto de afectación más allá de la referencia hecha al listado contenido en el artículo 37.1 EBEP 2015. En principio, las condiciones de trabajo son las circunstancias que afectan a la relación de servicio, pero no existe una definición jurídica en nuestro derecho de la expresión “condiciones de trabajo”, que parece haber sido extraída del ordenamiento jurídico-laboral. Nuestra jurisprudencia parece jugar con diferentes visiones de lo que pueden ser dichas condiciones. En una, las condiciones de trabajo serían las de tiempo y lugar de la prestación; en otra, serían las que pudieran identificarse entre las establecidas en el artículo 37.1. EBEP 2015, y más expresamente, las señaladas en su párrafo m), es decir, las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, a las que se uniría, no se sabe muy bien porqué, las prestaciones sociales. En todo caso, lo que sí sabemos es que dichas condiciones de trabajo no coinciden con el entero régimen jurídico de un cuerpo o escala. Más sentido tiene aquella jurisprudencia en la que se afirma que las condiciones de trabajo son las condiciones de ejecución de la prestación, es decir, las condiciones de desempeño de un determinado puesto de trabajo. Más allá de esto podríamos decir que el concepto en cuestión no aparece claramente definido como una categoría establecida, por lo que podría ser el sistema de derechos y deberes que se pudieran identificar en el artículo 37.1 EBEP 2015, y, en un sentido más estricto, los elementos que determinan la relación de empleo en sus aspectos de clase, tiempo, cantidad y lugar de cumplimiento. Por otra parte, lo importante parece ser que la decisión organizativa tenga repercusión sobre una condición. Por tanto lo que tiene transcendencia es la repercusión misma y no la condición de trabajo sobre la que se proyecta. Lo que parece cualificar es el alcance de la modificación y no la condición modificada. Pero nos parece más aconsejable manejar los dos conceptos en igualdad de condiciones: es importante la afectación y es importante también la condición afectada. De esta manera se puede llegar a identificar una serie de elementos que pueden precisar la necesidad de negociación y que se harían depender de la importancia de la materia a la que se refiere la modificación, de la intensidad y la duración de la repercusión y, como dato más relevante, del carácter lesivo que pudiera tener la modificación para los funcionarios, es

decir, de la repercusión como afección subjetiva. En todo caso, después de la aprobación del artículo 37.2.a) EBEP 2007, lo que resulta claro es que la decisión ha de tener repercusión, es decir, ha de tener un contenido sustantivo y una incidencia directa en las condiciones de trabajo. Para que esto se produzca dicha repercusión ha de ser concreta, actual, efectiva y directa, rechazándose toda hipótesis anticipativa, especulativa o elucubrada.

75. El artículo 37.2.b) EBEP 2015 excluye de la negociación tres bloques de materias como son (1) la regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante la Administración pública, (2) la regulación del ejercicio de los derechos de los usuarios de los servicios públicos, y (3) el procedimiento de formación de actos y disposiciones administrativas. Aunque dichos ámbitos materiales poseen una entidad suficiente desde el prisma estricto de lo que pudiera ser una correcta delimitación del derecho de negociación en el sector público, lo cierto es que prácticamente no se utilizan para situar su objeto. Por ejemplo, la invocación de los derechos de los ciudadanos como causa de exención de la negociación se ha producido única y exclusivamente para avalar el derecho a la presentación de documentos en las oficinas públicas durante los días hábiles, días que no pueden ser considerados festivos para todos los efectivos de una plantilla de manera que el derecho se haga impracticable. Mayor enjundia parece tener la exclusión de la negociación de la aprobación de una serie de procedimientos por considerarlos incluidos dentro de la excepción procedimental sin advertir que lo que se considera exceptuado de la negociación son las reglas generales sobre elaboración de procedimientos y no un procedimiento concreto que se puede instrumentar para la obtención de una determinada información, la formación de un acto o la elaboración de una disposición en materia de personal. Dicho de otra manera, lo que se excluye de la obligación de negociar son las reglas sobre el procedimiento administrativo pero no los procedimientos administrativos sobre aquellas materias de personal que han de ser objeto de negociación. En cambio, como ya se ha dicho, la reglamentación de un servicio puede incidir sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios que lo han de prestar. Lo cierto es que la distinción así considerada no resulta fácil y en la práctica se resuelve sobre la base del binomio abstracción y posterior concreción. En síntesis, se acaba aduciendo que la fijación de unas determinadas condiciones de trabajo de carácter general y abstracto admiten su posterior concreción y adaptación a las necesidades de un determinado servicio público en base a las potestades de organización ínsitas en la reglamentación de dicho servicio. Pero lo cierto es que priman más en estas decisiones de exclusión los títulos sobre las potestades de organización que los existentes sobre la protección de los derechos de los usuarios del servicio, para entender que una concreta determinación de

las condiciones de trabajo ha de quedar excluida de la negociación. Lo que también sucede en aquellos supuestos en que hayan de adaptarse las condiciones de trabajo a las necesidades del servicio donde el título invocado es siempre la potestad de organización y no la protección de los derechos de los usuarios. Mayor importancia parece tener desde esta lógica el principio de igualdad en el acceso al servicio público. En este sentido no parece que puedan ser objeto de negociación las condiciones de prestación de un determinado servicio, de manera que los funcionarios puedan obtener una condición o un título privilegiado de introducción al mismo que rompa el principio de igualdad, lo que, por cierto, se produce con una cierta naturalidad cuando se negocian determinados beneficios sociales que acaban presumiendo un trato de favor o una modulación tarifaria en la prestación de servicios públicos para colectivos concretos de funcionarios.

76. El artículo 37.2.c) EBEP 2015 también dispone que quedan excluidas de la obligación de negociar la determinación de las condiciones de trabajo del personal directivo. La razón última de esta exclusión se ha de localizar en el particular sistema de determinación de dichas condiciones para este subtipo de personal. Sencillamente, las condiciones de trabajo del personal directivo profesional no se determinan a través de un procedimiento de negociación sino unilateralmente por la Administración en el momento de su nombramiento, aunque cabe la posibilidad de introducir algún módulo convencional en este particular vínculo estrechamente relacionado con el correspondiente acuerdo de gestión. De la misma manera, la exclusión mencionada no puede extenderse a otras figuras de personal cuyo régimen jurídico se ha utilizado en un determinado momento histórico para la cobertura de puestos de trabajo de personal directivo, como puede ser el caso del personal eventual en la Administración local.

77. El artículo 37.2 EBEP 2015 excluye directamente de la obligatoriedad de la negociación a los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. Al respecto hemos distinguido entre el poder jerárquico sobre los actos y el poder jerárquico sobre las personas. El poder jerárquico afecta a los órganos de una persona jurídica, mientras que el poder de dirección afecta a los funcionarios que los sirven considerados como personas físicas. El poder de dirección es una potestad interna cuyo fundamento ha de encontrarse en la incorporación del funcionario al círculo rector de la Administración y en una relación estricta de dependencia y subordinación ínsita en la relación de servicios.

78. Hemos distinguido también el poder de organización, el de dirección y el de control. El poder de organización se ejerce sobre las formas jurídicas de la organización pero no sobre las

relaciones subjetivas de sus miembros tendentes a procurar su correcto funcionamiento. El poder de organización es un poder de disposición de estructuras, formas de gestión y modalidades de prestación que puede darse al margen de la relación de servicio, mientras que el poder de dirección es una facultad de gestión de las relaciones de servicio. El poder de organización es un poder previo a la constitución de la relación de empleo mientras que el poder de dirección es un poder inscrito en la relación de empleo. Para ser más preciso, el poder de organización es un poder de creación y definición de estructuras, medios y sistemas de organización del trabajo, mientras que el poder de dirección es un poder de determinación, conformación, modelización y adaptación de la prestación de servicios. De la misma manera hemos intentado distinguir el poder de dirección del poder de control. De hecho, el poder de control resulta ser la facultad de utilizar los medios necesarios para comprobar que las personas cumplen con sus obligaciones laborales y evaluar los resultados últimos de la prestación de servicios. En todo caso, la actividad de control, aunque dotada de un cierto grado de autonomía propia, parece situarse como un complemento del poder de dirección al que sirve como instrumento.

79. Tradicionalmente se ha entendido que el poder de dirección comprende una serie de facultades como pueden ser (1) la de dictar instrucciones y órdenes sobre el funcionamiento de la organización y sobre la ejecución de la prestación, (2) la determinación y adaptación de la prestación de servicios, es decir, la determinación de las funciones, el lugar y el tiempo de la prestación, (3) la posibilidad de adoptar todas aquellas modificaciones de carácter accidental, no esencial, que pudieran incidir en las condiciones de trabajo de una forma puntual o transitoria, incluyendo en algunas conceptualizaciones más modernas la introducción de modificaciones sustanciales de determinadas condiciones de trabajo de carácter individual o grupal, (4) la capacidad de promocionar una serie de creencias, valores y hábitos que presuponen una conceptualización del sistema de deberes propios de la relación de servicios incorporando obligaciones de carácter ético que protegen los intereses de la organización.

80. De la misma manera se define la facultad de control como una actividad de observación y comprobación del comportamiento del trabajador que se desarrolla principalmente sobre (1) la ejecución, el cumplimiento y el desempeño de la actividad de servicios, (2) el aspecto, la indumentaria y el estado de la persona, (3) los espacios y los medios instrumentales puestos a disposición.

81. El fundamento último del poder de dirección en el sector público y en el privado es similar: la eficiencia organizativa, la adaptación a las necesidades productivas, la consecución de la máxima productividad. Hemos definido el poder de dirección en la Administración como un conjunto de facultades que permiten el buen funcionamiento de la organización y su adaptación a las necesidades de servicio con la finalidad última de alcanzar la máxima eficacia en la gestión del interés general. La sistematización legal del poder de dirección en la función pública se basa en el artículo 9.1 EBEP 2015, que considera a la función pública una relación de vinculación a una Administración en base a la jerarquía en la atribución, ordenación y desempeño de funciones y tareas, tal como establece el artículo 1.2.j) EBEP 2015. Dicha relación consiste en desempeñar con diligencia las tareas asignadas, como recuerda el artículo 52 EBEP 2015, actuando de acuerdo con los principios de eficacia, economía y eficiencia, procurando el cumplimiento de los objetivos de la organización, para lo que deberán obedecer las instrucciones y órdenes profesionales de los superiores, como proclaman los artículos 53.10 y 54.3 EBEP 2015. La relación mencionada obliga a garantizar el cumplimiento con diligencia de las tareas encomendadas, ajustando su actuación a los principios de lealtad y buena fe con la Administración en la que presten sus servicios, y con sus superiores, compañeros, subordinados y, especialmente, con los ciudadanos, en expresiones que se toman de los artículos 53.3 y 53.10 EBEP 2015. Manifestación de ese deber reforzado de buena fe, que es un verdadero deber de colaboración, es la obligación de administrar los recursos y bienes públicos con austeridad, la de mantener actualizada su formación y la de comunicar a sus superiores las propuestas que se consideren adecuadas para la mejora de los servicios que se contienen en los artículos 54.5, 54.8 y 54.10 EBEP 2015. Técnicas como pueden ser la asignación o ampliación de funciones, la movilidad, los procedimientos de provisión excepcionales o provisionales, o determinadas medidas de racionalización de efectivos y competencias, parecen constituirse en técnicas instrumentales de los poderes de dirección citados.

82. Respecto al poder de control, lo cierto es que dicha facultad no cuenta con una específica expresión jurídica en el seno del estatuto de los funcionarios, por lo que hay que deducirla indirectamente del principio de jerarquía entendido como un poder de supervisión que ostenta el superior sobre los integrantes de una organización o servicio público. En este punto se ha querido hacer una especial referencia a la evaluación del desempeño que aparece en el régimen jurídico del empleo público estrechamente relacionado con la carrera profesional del funcionario, cuando lo cierto es que, fundamentalmente, la evaluación del desempeño es un procedimiento de observación, medición y valoración de la conducta profesional, es decir un

instrumento de supervisión del comportamiento y las actitudes de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones.

83. Hemos considerado el poder de dirección como un poder de especificación del proceso de ejecución de las tareas que se debe desempeñar en un puesto concreto de trabajo por un funcionario integrado en un determinado cuerpo o escala. Dicho poder se puede ejercer primariamente a través de instrucciones y órdenes de carácter general o particular que se entienden referidas al conjunto de empleados públicos, a un grupo de ellos o a uno de ellos. Dichas órdenes o instrucciones se dictan en interés del servicio o para asegurar el servicio, y no dejan de ser un ejercicio de poderes implícitos tendentes a la determinación de la obligación de desempeño de las funciones asignadas y a la precisión de las tareas que se han de cumplir para que sean correctamente ejecutadas, obligación que aparece condicionada por el cumplimiento de otras como pueden ser las de lealtad y buena fe, dedicación, diligencia y obediencia. En todo caso, no hay que confundir las circulares, instrucciones y órdenes de servicio de carácter orgánico con las que se dictan para la especificación de las tareas propias del ejercicio de una determinada función. De la misma manera, el poder de dirección sobre la relación de servicios no debe confundirse con la regulación de la relación de servicios o, para ser más preciso, con la determinación de sus condiciones de trabajo. El poder de dirección al que nos referimos se proyecta principalmente sobre una serie de ámbitos como pueden ser (1) la dirección y gestión de la actividad en el servicio, en términos de señalamiento del número de dotaciones necesarias para asegurar una determinada carga de trabajo y de especificación de las tareas a desempeñar por los efectivos existentes, (2) la correcta utilización de espacios y medios disponibles, (3) la determinación de especialidades y singularidades en la jornada y los horarios, (4) la organización general de la utilización del tiempo de trabajo en una determinada dependencia o unidad (5) el régimen de sustituciones, acumulaciones y encargos de funciones para asegurar la correcta prestación del servicio, y (6) la determinación de aspectos procedimentales, de tramitación, acreditación y gestión de derechos y deberes. El tema de la orden individual concreta y específica del superior jerárquico al subordinado corre parejo de la cuestión de la titularidad del poder de dirección en una determinada Administración. En principio, el poder de dirección es una facultad atribuida a los órganos superiores y de dirección existentes en una estructura administrativa. Sin embargo, conviene distinguir entre titularidad y ejercicio del poder de dirección. Mientras la primera se ha de mantener inalterable, la segunda puede obtenerse por la vía de su consideración como una competencia implícita que habilita la delegación sucesiva de dicho poder en aquellos ámbitos en los que no resulta posible que la

competencia se ejerza personalmente. En base a estos planteamientos hemos querido formular una visión más difusa del poder de dirección como una competencia inherente a la prefectura jerárquica de un determinado servicio, una competencia que presupone la capacidad de adopción de todas las medidas de orden interior necesarias para el buen funcionamiento de una unidad o dependencia administrativa.

84. El poder de dirección es un poder de determinación de la prestación de servicios que va más allá de la definición que pueda obtenerse a través de la integración del funcionario en un cuerpo o escala y en un puesto de trabajo. El poder de dirección es un poder de especificación de las tareas a desarrollar por parte del superior jerárquico. En todo caso, la especificación de la prestación necesita no solo de la concreción de la naturaleza y características de las funciones a desempeñar, sino que incluye también la delimitación de los elementos de lugar, tiempo y desempeño. Al respecto, existe en nuestra Administración local un amplio espacio de disposición para el poder de dirección en términos de especificación de tareas que solo un inadecuado uso de la potestad de organización tendente a una excesiva especialización de las clasificaciones profesionales y a una individualización de las estructuras de puestos de trabajo puede llegar a disminuir o a condicionar. Por tanto, la preservación de un ámbito de dirección para la especificación de las funciones y tareas a desempeñar parece ser un objetivo deseable, sobre todo si se atiende al dato objetivo de que dicho poder de dirección no ha de ser objeto de negociación.

85. También hemos advertido de que en nuestro sistema de empleo público existe una natural identificación entre provisión de puestos de trabajo y movilidad. De hecho, la movilidad como tal es un concepto que en la función pública acaba recubriendo diferentes realidades. La movilidad funcional en sí misma considerada como un ejercicio legítimo del poder de dirección puede darse (1) por un proceso de especificación de responsabilidades, funciones y tareas propias de un puesto en el que se descubren y se identifican nuevos ámbitos de actuación; (2) como consecuencia de una ampliación de responsabilidades, funciones o tareas de un puesto añadiendo otras que se consideran como accesorias, complementarias o análogas; y (3) como resultado de una asignación de responsabilidades, funciones o tareas distintas a las correspondientes a un puesto de trabajo siempre que resulten adecuadas a su encuadramiento profesional, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen y sin merma de las retribuciones, tal como previene el artículo 73.2 EBEP 2015. En cambio, en el ordenamiento jurídico de nuestra función pública, no hay una figura clara de movilidad geográfica, aunque se puede reconocer como mínimo la regulación de dos posibles movimientos articulados en torno al

concepto de movilidad voluntaria o forzosa a unidades, departamentos o sectores sin o con cambio de residencia. Hemos identificado el supuesto de movilidad forzosa a unidades, departamentos u organismos públicos o entidades distintos a los de destino, respetando las retribuciones, condiciones esenciales de trabajo y lugar de residencia, con adscripción o no de los correspondientes puestos de trabajo, como un legítimo ejercicio del poder de dirección en sus diferentes modalidades que no necesita de un particular proceso de negociación. En cambio, la movilidad que comporta un cambio de residencia es otra cosa, ya que el artículo 81.2 EBEP 2015, subordina dicha operación a la previa existencia de un plan de ordenación de recursos humanos que deberá ser objeto de negociación. De la misma manera parece entrar dentro del poder de dirección la utilización de las formas temporales y provisiones de provisión de puestos que a todos los efectos se entienden como excepcionales y sujetas a justificación de una urgente e inaplazable necesidad de servicio. En todo caso, debe recordarse ahora que aunque las decisiones individuales o grupales referidas a personal funcionario no han de ser objeto de negociación, sí se deben negociar a tenor del artículo 37.1.m) EBEP 2015, las normas que pudieran llegar a regular las decisiones sobre movilidad funcional o geográfica. Es decir, la doctrina existente en esta materia parece haber articulado un cierto desdoblamiento de la previsión contenida en dicho precepto que pasaría por negociar las normas o los criterios generales de regulación de la movilidad interna, mientras que se consideraría la aplicación de las figuras previstas en la legislación o en las normas de referencia previamente acordadas como un puro ejercicio de la potestad de dirección. Dicho desdoblamiento nos parece discutible, dada la redacción del artículo 37.1.m) EBEP 2015, pero, en todo caso, conviene precisar que una serie de figuras propias de la movilidad como pueden ser la asignación de funciones distintas a las del puesto de trabajo, el traslado o el cambio de adscripción del puesto de trabajo sin cambio de residencia, presuponen siempre el necesario respeto a las condiciones esenciales de trabajo, mientras que en el supuesto concreto de las formas de provisión temporal lo que acaba primando es la urgencia y la inaplazable necesidad de resolver problemas relacionados con la provisión de puestos, por lo que, tanto en uno como en otro caso, los supuestos de movilidad previstos en su aplicación a situaciones concretas, en principio, no deberían ser objeto de negociación.

86. Respecto a la relación entre poder de dirección y modificación de las condiciones de trabajo hemos defendido que en la función pública dichas condiciones se establecen a través de normas y de actos de clasificación derivados de los instrumentos de estructuración de recursos humanos. De la misma manera, hemos señalado que dichas normas pueden ser de derecho objetivo o provenir de acuerdos colectivos, advirtiendo también de que normalmente los actos

de ordenación de puestos que contienen las mencionadas condiciones de trabajo deberán ser objeto de negociación. Por tanto, las condiciones de trabajo establecidas en dichos acuerdos o instrumentos se configuran como límites estrictos a las medidas de movilidad que se pueden adoptar en base a las potestades de dirección. No obstante ha de entenderse que la modificación de las condiciones de trabajo que quedan vedadas al legítimo uso de las potestades de organización son las condiciones esenciales de trabajo. Por tanto, lo que no se pueden alterar son las condiciones esenciales de trabajo, pero sí podrían modificarse las que no se consideraran como tales siempre que no quedaran amparadas por un acuerdo colectivo o acto ordenador. Un matiz en esta cuestión nos parece relevante, la doctrina laboral ha elaborado una teoría de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que aquí podría resultar de aplicación. Sin embargo, en el ordenamiento laboral lo que es sustancial es la modificación. En el ordenamiento del empleo público lo que parece importante es la condición de trabajo afectada. Dicho esto, tampoco nos parece que debería ser este un factor de importancia en nuestra argumentación si se advierte de que lo que se pretende afirmar es que el cambio o la modificación han de ser de importancia sobre una condición de trabajo que a su vez se ha de considerar esencial. Por lo tanto, la conservación de las condiciones de trabajo esenciales como concepto jurídico parece indicar que dichas condiciones que se identifican con las reguladas en el artículo 37.1 EBEP 2015 no pueden ser objeto de una modificación tal que en la práctica acabe teniendo una sustancial trascendencia para los derechos de los funcionarios. Pero también habría que advertir que las modificaciones de las condiciones de trabajo meramente accidentales, adaptativas o provisionales no deberían considerarse a efectos de su obligada negociación por considerarse incorporadas a la potestad de dirección.

87. La consideración del poder de dirección puede ofrecernos una visión distinta de lo que puede ser el sistema de deberes de los funcionarios de una determinada organización estructurados en un código de conducta. Al respecto hemos afirmado que los códigos de conducta pueden entenderse también como instrumentos de determinación de las obligaciones de servicio y de su modo de cumplimiento, cuyo fundamento último ha de encontrarse en las facultades de dirección y control propias del poder jerárquico. Es más, los actos de aplicación de los principios éticos y de conducta constituyen decisiones sobre el comportamiento de los propios empleados públicos dictados en ejercicio del poder de dirección que han de entenderse como de obligado cumplimiento. Resultando una muestra clara de la expresada relación entre el poder de dirección y las prescripciones contenidas en el código ético la consideración

disciplinaria de los incumplimientos de dicho código que se han podido acreditar en nuestro trabajo.

88. El poder de control en la Administración incluye la posibilidad de adoptar todas aquellas medidas que se puedan considerar necesarias para verificar el desempeño con diligencia de las tareas que tengan asignadas los funcionarios. La potestad de control se nos ha aparecido como una facultad o un haz de facultades con características comunes al ámbito público y privado, por lo que se puede afirmar que las posibilidades de control afirmadas jurídicamente sobre los trabajadores pueden trasladarse sin mayores dificultades al ámbito de la función pública con los mismos requisitos, condicionantes y límites que dichas facultades encuentran en el sector privado. En cuanto a la posible negociación de los sistemas de control, hemos afirmado que nuestro ordenamiento no contiene una obligación de negociar las medidas o los medios de control aplicados a los funcionarios, dejando al margen una serie de derechos de información que hemos podido afirmar en beneficio de los propios funcionarios y, de una forma más dudosa, de sus órganos de representación.

89. Hemos querido introducir la consideración de la evaluación del desempeño como un sistema de comprobación de la conducta profesional, el rendimiento o la consecución de resultados. En nuestra doctrina dicha institución parece relacionarse de una forma exclusiva con el sistema de carrera, olvidando que la evaluación, en sí misma considerada, es un sistema de control interno. Sin embargo, la conexión establecida con las posibilidades de carrera, promoción y retribución de los funcionarios hacen que dicho sistema se considere a todos los efectos como una materia que ha de ser objeto de negociación, cuando lo cierto es que dicha negociación debería centrarse en la conexión o repercusión que pudiera tener la evaluación sobre las políticas mencionadas y no en las normas o criterios que fijan los sistemas de evaluación. En todo caso, constituida como objeto de negociación la disposición de un sistema de evaluación, debería distinguirse entre dicho sistema y su aplicación, una aplicación que a nuestro entender corresponder en exclusiva a la potestad de dirección y control de la propia Administración sin interferencias de las organizaciones sindicales.

90. Nuestra legislación de empleo público mantiene una evidente contradicción entre la obligación de negociar las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso y la exclusión de la negociación de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. A estas prescripciones hay que sumar ahora la posibilidad de negociar la articulación de unos determinados procesos de selección como

pueden ser los de estabilización previstos en la última legislación presupuestaria. Por si eso fuera poco, hay que recordar aquí que la negociación por las organizaciones sindicales del acceso suele tener un corolario último en el deseo indisimulado por parte de dichas representaciones de pactar su participación en los órganos de selección. Este retorcido itinerario se completa con la legitimación reconocida a las organizaciones sindicales para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

91. Para salvar la contradicción entre la negociación de las normas que fijan los criterios generales en materia de acceso y la regulación y determinación concreta de sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso, se ha distinguido una diversidad de planos conceptuales, concluyendo que el ámbito propio de la negociación son las normas relacionadas con la materia de acceso pero no las concretas convocatorias que regulan el acceso cada vez que se convoca un proceso de selección. Hemos hecho notar que la posición mencionada, que parece congruente con una interpretación posible de normas contradictorias, tiene a nuestro parecer un déficit importante al permitir a las organizaciones sindicales introducirse en la confección de las normas que regulan el acceso a la función pública de todos los ciudadanos considerado como un derecho fundamental, cuya especial tutela y protección corresponde a los poderes públicos. Es más, no parece lógico que el derecho de acceso de unos ciudadanos que no mantienen una relación de servicios con la Administración pueda ser condicionado por unas organizaciones sindicales que no los representan. Por si eso fuera poco, hemos recordado que la negociación colectiva es por naturaleza un sistema de determinación de las condiciones de trabajo pero no de las relaciones de empleo, es decir de las relaciones de adquisición y pérdida de la condición de funcionario. En todo caso, parece que, hoy por hoy, pueden negociarse las normas que contengan criterios generales para el acceso a la función pública, pero las concretas convocatorias que pautan y regulan los procedimientos de selección no han de ser objeto de negociación. También hemos advertido que dicha doctrina tiene en nuestra jurisprudencia una clara matización: la ausencia de normas, criterios o bases generales inducen el efecto último de negociar las convocatorias de carácter específico o singular que se quieran aprobar al margen de un marco de actuación. Dicha conclusión se fundamenta en la legislación vigente sobre esta materia con anterioridad al EBEP. En la LORAP el objeto de la negociación quedaba constituido por todas aquellas materias que pudieran afectar al acceso a la función pública y, en concreto, por obligación de negociar los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos, sin que constara al efecto ninguna exclusión del ámbito de la

negociación. De ahí la doctrina que mencionamos cuya particular razón hay que encontrarla en la afirmación de que bastaría que la Administración no aprobara bases generales para excluir la obligación de negociar. Pues bien, lo cierto es que ahora se afirma con rotundidad que el objeto de la negociación son las normas que contienen criterios generales de acceso y se excluye taxativamente las regulaciones y determinaciones concretas a través de convocatorias de sistemas, criterios, órganos o procedimientos de selección existan o no normas negociadas sobre dichas materias, por lo que afirmar que en ausencia de criterios generales hay que negociar convocatorias concretas resulta un claro exceso que deja sin sentido a la excepción introducida en el EBEP. Aún más, no parece un argumento particularmente sólido en esta cuestión afirmar que la falta de negociación de los criterios generales excluiría el tratamiento de la materia acceso por parte de las organizaciones sindicales. En primer lugar, porque la negociación se ha de hacer de buena fe; en segundo lugar, porque dicho argumento puede invertirse afirmando que las representaciones de los funcionarios pueden estar interesadas en eludir una negociación de carácter general para así poder justificar la negociación de cada una de las convocatorias concretas.

92. En cuanto a la posibilidad de acordar la participación de los representantes del personal en un proceso de selección, podemos afirmar que dicha opción parece excluirse por una jurisprudencia que afirma taxativamente que la presencia en los órganos de selección no puede darse en representación de nadie, exista o no un acuerdo colectivo que la prevea. Por lo tanto, no parece que dicha intervención pueda constituirse en objeto de la negociación, tal como se prevé directamente en el artículo 37.2.e) EBEP 2015.

93. A modo de resumen final, podríamos decir que cualquier investigación en ciencias sociales ha de tener dos objetivos básicos: (1) abordar una cuestión relevante en el mundo real, y (2) contribuir al debate científico, es decir, a una determinada literatura académica. Desde la perspectiva última de la cuestión planteada, el trabajo presentado permite sostener que nuestras entidades locales carecen de un espacio útil para la creación de normas jurídicas sobre las condiciones de trabajo de sus funcionarios a través de un proceso de negociación que permita integrar, complementar y desarrollar las leyes propias de su estatuto; y se encuentran en una situación de fuerte limitación y condicionamiento en el ejercicio ordinario de los poderes de organización, dirección y control que se considerarían propios de una posición jerárquica en todos los sistemas de gestión de personal. Si nuestro estudio muestra alguna cosa es que la negociación colectiva en el sistema local no es solo un problema de ejercicio de un derecho, es también un problema de fuentes del derecho, y de la situación relativa de cada fuente implicada

en la regulación general, y es a la vez un problema de límites, o si se quiere decir de otra manera, de poderes y contrapoderes. Desde la perspectiva última de nuestra contribución a la literatura existente en este campo pensamos que nuestro estudio se presenta como una primera aproximación al análisis de una particular forma reglamentaria, como es el acuerdo colectivo, y de sus relaciones con la ley en el ámbito de la autonomía local. También permite plantear la ausencia de una teoría de las potestades de organización, dirección y control propias de la Administración como poderes internos que han de contribuir a los fines de eficacia y racionalidad objetiva que ha de alcanzar el aparato público como instrumento de servicio a los intereses generales. Los factores últimos que pueden explicar las afirmaciones realizadas pueden encontrarse a lo largo de nuestra exposición y se sitúan principalmente en: (1) la falta de una teoría de las fuentes que haya acogido al acuerdo colectivo como un instrumento de la autonomía local y de la autonomía social que ha de ser protegido y promocionado por la ley, (2) la desconsideración de la autonomía local como derecho y capacidad de las entidades locales para ordenar sus burocracias con competencias plenas y completas en el marco de la ley, (3) un sistema de distribución de las materias que han de ser objeto de negociación, y de las que han de quedar excluidas de ella, confuso y poco seguro que puede ser objeto de una pluralidad de interpretaciones más o menos abiertas por cada uno de los intérpretes en presencia, y (4) la falta de construcción y comprensión de las potestades de organización, dirección y control de la Administración como poderes propios cuya función última no es otra que el servicio objetivo al interés general y la protección de los derechos de todos los ciudadanos. En los tiempos que corren quisiéramos acabar nuestra tesis con dos afirmaciones simples: el problema del empleo público no es la negociación colectiva, es la falta de coherencia interna y adaptación del sistema jurídico propio de la función pública, incapaz de acoger otras formas de creación del derecho más sociales, más plurales, en el seno del estatuto de nuestro empleo público; el problema en el sector público no es el sindicato, es la falta de una Administración sin poderes directivos y sin autoridad para imponerlos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *La negociación colectiva en el empleo público*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.
- ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- ABA CATOIRA, Ana. *La limitación de los derechos fundamentales por razón de sujeto*. Madrid: Tecnos, 2001.
- ACOSTA ESTÉVEZ, José B. *El sistema jurídico de la Organización Internacional del Trabajo y el Derecho Español*. Barcelona: CEDECS, 1997.
- AGÍS DASILVA, Montserrat; BLASCO LAHOZ, José Francisco. “La eficacia personal de los convenios estatutarios”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; GOERLICH, José M. (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- ALBI CHOLVI, Fernando. *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Aguilar, 1960.
- ALDOMÀ i BUIXADÉ, Josep. *Les relacions de llocs de treball a les Administracions Públiques*. Barcelona: CEDECS, 1996.
- ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep. “Planificación de los recursos humanos y estructuración del empleo público”. DEL REY GUANTER, Salvador (Dirección). *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: La Ley, 2008.
- ALDOMÀ BUIXADÉ, Josep. *Aplicación del principio de no discriminación al personal temporal al servicio de la Administración*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 2015.
- ALEMÁN PÁEZ, Francisco. *El encuadramiento profesional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995.
- ALES, Eduardo. *La pubblica amministrazione quale imprenditore e datore di lavoro*. Milán: Giuffrè Editore, 2002.
- ALIPRANTIS, Nikitas. “Conflictos entre convenios colectivos de distinto nivel (I)”. *Relaciones Laborales*. Tomo I-1987.
- ALFONSO MELLADO, Carlos L. *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el estatuto básico*. Albacete: Bomarzo, 2008.
- ALFONSO MELLADO, Carlos L. “La reversión a la gestión directa de servicios públicos: problemas laborales. (Atención especial a las entidades locales y a las sociedades mercantiles de capital público)”. *Revista de Derecho Social*. Nº 73, 2016.
- ALFONSO MELLADO, Carlos. “Aspectos laborales a considerar en los procesos de reversión a la gestión directa de servicios públicos”. En FEIJÓO REY, María José; PIMENTEL SILES,

Manuel (Editores). *El interés general y la excelencia en los servicios públicos*. Córdoba: Editorial Almuzara, 2017.

ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. “La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico”. Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2002.

ALONSO BRAVO, Milagros. “La participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones empresariales organizativas con riesgo para el empleo”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 18, 2008.

ALTÉS TARREGA, Juan A.; FITA ORTEGA, Fernando L. “Las unidades de negociación”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; GOERLICH, José M. (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel. “El régimen jurídico de las incompatibilidades en los contratos del sector público”. *Documentación Administrativa*. Nº 210-211, 1987.

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, Mónica. “Organización y funcionamiento del sector público institucional en la Ley 40/2015”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 43, 2016.

ANDRÉS MOREY, JUAN. *La determinación de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático*. Madrid: INAP, 1977.

ARNÁEZ ARCE, M^a Vega. *La potestad planificadora de las Administraciones públicas*. Bilbao: Gomylex, 2013.

ARROYO YANES, Luis Miguel. *La carrera administrativa de los funcionarios públicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.

ARROYO YANES, Luis Miguel. “La provisión de puestos de trabajo y la movilidad en el Estatuto Básico del Empleado Público”. En DEL REY GUANTER, Salvador (Dirección). Madrid: La Ley, 2008.

ARROYO YANES, Luis Miguel. *Los instrumentos de gestión del empleo público*. Madrid: INAP, 2016.

ARUFE VARELA, Alberto. “Los trabajadores indefinidos no fijos al servicio de las Administraciones públicas: una anomalía jurisprudencial y legal”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Nº 40, 2015.

BACIGALUPO SAGGESE, Mariano. “Un apunte sobre el desarrollo de la figura del directivo público profesional, en particular en el ámbito de la Administración Local”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús (Director). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Navarra: Aranzadi, 2014.

BALLESTER LAGUNA, Fernando. *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*. Granada: Comares, 2001.

BAÑO LEÓN, José María. “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 24, 1988.

BAÑO LEÓN, José María. *Los límites constitucionales de la potestad reglamentaria (Remisión normativa y reglamento independiente en la Constitución de 1978)*. Madrid: Civitas, 1991.

BAÑO LEÓN, José M. “Garantía constitucional de la función pública y reforma administrativa”, en: ORTS BERENGUER, ENRIQUE. *Delitos de los funcionarios públicos*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994.

BARATA MIR, Joan. *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*. Madrid: Tecnos, 1999.

BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción. “La prestación de los servicios municipales mínimos en el nuevo artículo 26 de la LBRL. La difícil interpretación de un precepto fundamental”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 170, 2015.

BAUZÁ MARTORELL, Felio J. “Contención del gasto público y tasa de reposición de efectivos en la Administración local”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. Nº 289, 2002.

BAYLOS GRAU, Antonio. “Tiempos difíciles”. *Revista de Derecho Social*. Nº 56, 2011.

BAYONA ROCAMORA, Antoni. *El dret a legislar en l'Estat autonòmic*. Barcelona: EAPC, 1993.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Principio de condición más beneficiosa y reglas de absorción, compensación y supresión de la misma*. Barcelona: Bosch, 2001.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. *Convenio colectivo versus Ley*. Madrid: La Ley, 2008.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. “La aplicación de los principios de norma mínima y norma más favorable en caso de concurrencia entre un convenio colectivo estatutario y otro de carácter extraestatutario”. *Revista de Derecho Social*. Nº 43, 2008.

BEJARANO HERNÁNDEZ, Andrés. “Irrenunciabilidad del poder de dirección del empresario y límites convencionales al mismo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 147, 2010.

BELLO PAREDES, Santiago A. *Las ordenanzas locales en el vigente Derecho español*. Madrid: INAP, 2002.

BEN SALACH, Tabrizi. *Droit de la fonction publique*. Paris: Armand Colin, 2003.

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. “La estructura de la negociación colectiva funcionarial en las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma Vasca”. En LANDA ZAPIRAIN, Juan Pablo (Coordinador). *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas vascas*. Madrid: Dykinson, 2003.

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

BENGOETXEA ALKORTA, Aitor. *Las peculiaridades del conflicto colectivo de trabajo en el ámbito de la función pública*. Guipúzcoa: Universidad del País Vasco, 2006.

BERMEJO LATRE, José Luis. “Las retribuciones del personal directivo en las Administraciones públicas”. En AA.VV. *El personal directivo en las Administraciones públicas*. Pamplona: Civitas, 2011.

BERMÚDEZ SÁNCHEZ, Javier. “La modificación de los modos de gestión de servicios públicos, en el Proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”. *Documentación Administrativa*. Nº 2, 2015.

BERNADÍ GIL, Xavier. *El poder d’administrar en l’Estat autonòmic*. Barcelona: IEA, 2007.

BERNAL BLAY, Miguel Ángel. “Hacia una contratación pública socialmente responsable: las oportunidades de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº Extra 10, 2008.

BICHOFF, M.G. *Fonction publique et contrat*. Paris: Sirey, 1927.

BIGLINIO CAMPOS, Paloma. *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Madrid: CEC, 1991.

BLANCO DE TELLA, Luis. *Técnica y aplicación de los organigramas*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, 1982.

BLASCO DÍAZ, José Luís. *Ordenanza Municipal y Ley*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BLASCO DÍAZ, José Luís. “El Código de comportamiento de los empleados públicos italianos de 28 de noviembre de 2000”. *Revista de Administración Pública*. Nº 158, 2002.

BLASCO ESTEVE, Avelino. “Sobre el concepto de competencias exclusivas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 29, 1981.

BLASCO ESTEVE, Avelino. “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista española de derecho administrativo*. Nº 52, 1986.

BLASCO PELLICER, Ángel; LÓPEZ BALAGUER, Mercedes. “Adhesión y extensión del convenio colectivo”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco; GOERLICH, José M. (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

BLASCO PELLICER, Ángel. “Los órganos de representación unitaria en la empresa: competencias y garantías”. En SANGUINETI RAYMON, Wilfredo; CABERO MORAN, Enrique (Coordinadores). *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares, 2017.

BOLTAINA BOSCH, Xavier. *La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los empleados públicos locales*. Barcelona: Bayer. SA, 2010.

BOTO ÁLVAREZ, Alejandra. “Redimensionamiento del sector público local”. En *La reforma del régimen local. Comentario a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local*. QUINTANA LÓPEZ, Tomás (Director). Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

CABEZA PEREIRO, Jaime y Martínez Girón, Jesús (Coordinadores). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Ediciones Laborum, 2008.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier. *Códigos éticos y derechos de los trabajadores*. Albacete: Bomarzo, 2008.

CÁMARA VILLAR, Gregorio. “Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales”, en APARICIO, MIGUEL ANGEL (Coordinador), *Derechos constitucionales y formas políticas*. Barcelona: CEDECS, 2001.

CAMÓS VICTORIA, Ignacio. “Despido disciplinario e incumplimiento del Código de Conducta de la empresa. Comentario a la sentencia del TSJ de Castilla La Mancha, de 9 de febrero de 2017 (Rec. Núm. 1697/2016)”. *IUSLabor*. Núm. 2, 2017.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel. *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho español del trabajo*. Madrid: Ministerio del Trabajo, 1976.

CAMPS RUIZ, Luis M., “El contenido normativo de los convenios colectivos”, en PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y GOERLICH, José M^a. *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Las situaciones administrativas en el Estatuto Básico del Empleado Público: claves para armar el nuevo modelo”. *Revista de Administración Pública*. Nº 176, 2008.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “La decisión administrativa de externalizar y su repercusión en el empleo público. Límites y pautas para su adopción”. En ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?* Madrid: INAP, 2011.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Criterios para la clasificación del empleado público ¿funcionario o laboral?”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 5, 2012.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “El debate sobre la externalización y el número de funcionarios en nuestras Administraciones públicas”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Directores). *Crisis económica y función pública*. Navarra: Aranzadi, 2012.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. “Instrumentos para la reorganización del personal en los supuestos de adaptación, modificación o extinción de unidades administrativas. Especial referencia a los planes de ordenación de recursos humanos”. CASTILLO BLANCO, Federico A. (Director). *La reforma del sector público*. Sevilla: Instituto García Oviedo, 2014.

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa. *Claves para la modernización de la estructura funcional: la coexistencia ordenada de cuerpos y puestos de trabajo*. Navarra: Aranzadi, 2016.

CARBONERO REDONDO, Juan José. “El derecho de acceso a la función pública en tiempo de crisis: la progresiva flexibilización del mandato previsto en el artículo 10.4 EBEP por razones de contención de gasto”. *Actualidad Administrativa*. Nº 2, 2018.

CARMONA CONTRERAS, Ana M^a. *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva*. Madrid: Tecnos, 2000.

CASAS BAHAMONDE, María Emilia. “Representaciones unitarias de funcionarios públicos, competencias autonómicas y derechos históricos forales; algunas determinaciones básicas, y no básicas, de la Ley 9/1987, de 12 de junio”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 48, 1991.

CASTELLÁ ANDREU, Josep M^a. “El art. 10.2 de la constitución como canon de interpretación de los derechos fundamentales”, en APARICIO, MIGUEL ANGEL. *Derechos constitucionales y formas políticas*. Barcelona: CEDECS, 2001.

CASTILLO BLANCO, Federico A. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Madrid: Civitas, 1992.

CASTILLO BLANCO, Federico A. “El empleo público en la Ley de Autonomía Local de Andalucía”. En RIVERO YSERN, José Luís (Director). *Derecho local de Andalucía*. Madrid: Iustel, 2012.

CASTILLO BLANCO, Federico A. “La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 99-100, 2014.

CASTILLO BLANCO, Federico A. “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 58-59, 2016.

CASTILLO BLANCO, Federico. *La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales*. Barcelona: Diputación de Barcelona. CEMICAL, 2017.

CAVALLO, Bruno. *Teoria e prassi della pubblica organizzazione*. Milán: Giuffré Editore, 2005.

CERBO, Pasquale. *Potere organizzativo e modelo imprenditoriale nella pubblica amministrazione*. Padua: CEDAM, 2007.

CESTER, Carlo. “La norma inderogabile: fundamento e problema del diritto del lavoro”. *Giornale di Dirritto del Lavoro e di Relazioni industriali*. Nº 3, 2008.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. Tome 2. 10 édition. Paris : Montcrestien, 1997.

CORREA CARRASCO, Manuel. *La negociación colectiva como fuente del derecho del trabajo*. Madrid: Universidad Carlos III; BOE, 1997.

CORREA CARRASCO, Manuel. “La eficacia jurídica del convenio colectivo como fuente (formal) del Derecho del Trabajo”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 88, 1998.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. *Las modificaciones en la prestación de trabajo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1983.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. La mediación en la solución de conflictos en la función pública. En GAMERO CASADO, Eduardo; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones públicas*. Sevilla: CARL, 2006.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. “El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. *Temas Laborales*. Nº 117, 2012.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. “Claves de la relación entre negociación colectiva y segmentación laboral”. En CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coordinador). *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: Causa determinante e instrumento de contención*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CUCHILLO FOIX, Montserrat. “Gobierno local, Administración local y potestad normativa local”. *Derecho privado y Constitución*. Nº17, 2003.

CUETO PÉREZ, Miriam. “Crisis económica y Administración Pública”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 99-100, 2014.

D’AURIA, Gaetano. “Controlli amministrativi e lavoro privato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni”. En BATTINI, Stefano e CASSESE, Sabino. *Dall’impiego pubblico al rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazione*. Milano: Giuffré, 1997.

D’AURIA, Gaetano. “A proposito del rapporto fra legge e accordo collettivo in tema di retribuzione dei pubblici dipendenti”. *Rivista Giuridica del Lavoro e della previdenza sociale*. 1998/6.

DANS ALVAREZ DE SOTOMAYOR, Lucía. “Poderes normativos y fuentes de regulación de la relación de trabajo: una relectura del diseño clásico”. *Revista de Derecho Social*. Nº 78, 2017.

DE CABO MARTÍN, Carlos. *Sobre el concepto de ley*. Madrid: Trotta, 2000.

DE LA CUETARA, Juan Miguel. *Las potestades administrativas*. Madrid: Tecnos, 1986.

DE LA MORENA Y DE LA MORENA, Luis. “La potestad administrativa: concepto, trascendencia, análisis”. En *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a finales del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla. 2*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1992.

DE LA VILLA GIL, Luís Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: CEF, 2003.

DE LA VILLA GIL, Luís Enrique. “El concepto de empresario-empileador en Derecho de Trabajo”. En BLASCO PELLICER, Ángel (Coordinador). *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivos de su jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

DE OTTO PARDO, Ignacio. *Derecho Constitucional*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1989.

DE SOTO RIOJA, Sebastián. “Sucesión de empresas y de contratas: puntos críticos de la regulación legal y del tratamiento convencional”. En CRUZ VILLALÓN, Jesús (Coordinador). *El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los trabajadores directivos en la empresa*. Navarra: Aranzadi, 1999.

DE VAL TENA, Ángel Luis. “Ejercicio del derecho de libertad sindical y derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 107, 2001.

DEL REY GUANTER, SALVADOR. *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*. Madrid: INAP, 1986.

DEL REY GUANTER, Salvador. *Comentarios a la Ley de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*. Madrid: MAP, 1988.

DEL REY GUANTER, Salvador. *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la función pública*. Madrid: MAP, 1991.

DEL REY GUANTER, Salvador; MARTÍNEZ FONS, Daniel; SERRANO OLIVARES, Raquel. “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación

de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 58, 2005.

DÍEZ QUESADA, Agustín. “El Estatuto Básico del Empleado Público: proyección e incidencia en la Administración Local, cumplidos cinco años desde su aprobación”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 315-316, 2011.

DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. “El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los consejos de gobierno”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 26, 2012.

DÍEZ SASTRE, Silvia. “La fuerza vinculante del precedente administrativo”. En *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 143, 2009.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “La valoración de las ofertas en el derecho de los contratos públicos”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 30, 2012.

DUGUIT, León. *Traité de Droit Constitutionnel*. Tomé Troisième. Paris : Ancienne Librairie Fointemoing & C^a, 1930.

DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*. Traducción de Carlos G. Posada, Francisco Beltrán. Madrid: Librería española y extranjera, 1921.

DURÁN LÓPEZ, Federico y SÁEZ DE LARA, Carmen, “Libertad sindical y acción sindical en la empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 52, 1992.

ECHEBARRÍA ARIZNABARRETA, Koldo. “Els dilemes del disseny organitzatiu en la gestió pública”. En LONGO, Francisco; YSA, Tamyko (editors). *Els escenaris de la gestió pública del segle XXI*. Barcelona: EAPC, 2007.

ELIZALDE JALIL, Marco. A. “La supletoriedad del derecho estatal en el marco actual del Estado autonómico”. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*. Nº 13, 2009.

ELORZA GUERRERO, Fernando. “El Código de conducta como fuente ordenadora de la prestación de trabajo del empleado público”. En *El Estatuto Básico del Empleado Público. II. XIX Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008.

EMBED IRUJO, Antonio. “La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)”. En *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría (III)*. Madrid: Civitas, 1991.

EMBED IRUJO, Antonio. “El ciudadano y la Administración”. Madrid: INAP, 1994.

EMBID IRUJO, Antonio. “Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 137, 2008.

EMBID IRUJO, Antonio. *La potestad reglamentaria de las entidades locales*. Madrid: Iustel, 2010.

ENTRENA CUESTA, Rafael. “El régimen estatutario de los funcionarios públicos como postulado constitucional”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro-homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*. Tomo III. Madrid: Civitas, 1991.

ESCRIBANO COLLADO, Pedro. “El usuario ante los servicios público: precisiones acerca de su situación jurídica”. *Revista de Administración Pública*. Núm. 82, 1977.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. “Reflexiones preliminares y críticas sobre las reestructuraciones empresariales y su proyección en el ámbito laboral”. En ESCUDERO RODRIGUEZ, Ricardo (Coordinación). *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*. Madrid: Editorial Cinca, 2016.

ESCUIN PALOP, Vicente M. *El acceso del personal y la provisión de puestos de trabajo en la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas*. Madrid: INAP, 1986.

ESCUIN PALOP, Catalina. “La reordenación del sector público: Análisis particular de la reorganización valenciana”. *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*. Nº 46, 2013.

ESTÉVEZ GÓMEZ, Carmen. “El ámbito objetivo de la negociación colectiva en las Administraciones públicas”. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coordinador General). *Observatorio de la negociación colectiva. Empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*. Madrid: Ediciones Cinca, 2010.

FABREGAT MONFORT, Gemma. *Introducción al derecho laboral en el empleo público*. Albacete: Bomarzo, 2014.

FABREGAT MONFORT, Gemma. *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empleador*. Albacete: Bomarzo, 2016.

FALGUERA BARÓ, Miquel Àngel. *La externalización y sus límites. Reflexiones sobre la doctrina judicial y el marco normativo. Propuestas de regulación*. Albacete: Bomarzo, 2015.

FAURE, Bertrand. “Una théorie de l’uniformité de la loi et ses efectos sur le droit des collectives territoriales”. En AA.VV. *Le droit administratif. Permanences et convergences. Mélanges en l’honneur de Jean-François Lachaume*. Paris: Dalloz, 2007.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, Juan José; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*. Barcelona: CEDECS, 1996.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Roberto. *La sucesión de empresa en los supuestos de transmisión de concesiones administrativas de gestión de servicios públicos*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda. *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas, 1991.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a Fernanda. “El contenido esencial de la libertad sindical y la negociación colectiva: una aproximación clásica a un antiguo problema”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 54, 1992.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “Proposiciones para la articulación de la carrera horizontal de los funcionarios”. *Justicia Administrativa*. Nº 47, 2010.

FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano. “El acceso al empleo público”. En CASTILLO BLANCO, Federico A. (Director); QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (Coordinador). *Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el Estado del bienestar*. Madrid: IUSTEL, 2017.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”. *Revista de Administración Pública*. Nº 200, 2016.

FERNÁNDEZ VILLAZÓN, Luís Antonio. *Las facultades empresariales de control de la actividad laboral*. Navarra: Aranzadi, 2003.

FERRADANS CARAMÉS, CARMEN. “La reordenación del sector público: Efectos de la integración del personal en las agencias”. *Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Sevilla: 2011.

FERRADANS CARAMÉS, Carmen. “La reordenación del sector público tras la crisis: Algunos efectos jurídico laborales”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 155, 2012.

FLORES DOMINGUEZ, Luís Enrique. “La reordenación del sector público local”. *Quaderns de Dret Local*. Nº 34, 2014.

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. “La exclusión de la participación de las organizaciones sindicales en los órganos de selección de las Administraciones Públicas, por exigencia del Estatuto Básico del Empleado Público”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 306, 2008.

GARATÉ CASTRO, Javier. “Deberes, faltas y sanciones del empleado público en su Estatuto básico”. *Relaciones laborales*. Nº 19, 2008.

MALARET GARCIA, Elisenda. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”. *Revista de Administración Pública*. Nº 145, 1998.

FÉREZ FERNÁNDEZ, Manuel. “Instrumentos esenciales para la planificación de recursos humanos en el ámbito local”. *El Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito local*. Granada: CEMCI, 2007.

FERRADANS CARAMÉS, Carmen. “El descuelgue en los convenios colectivos de las Administraciones públicas”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 173, 2015.

FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio. *La provisión de puestos de trabajo en la Administración General del Estado*. Madrid: INAP, 2002.

FERREIRO SEOANE, Francisco Jesús. “La RPT como un instrumento de organización de las Administraciones locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 5, 2016.

FONDEVILA ANTOLÍN, Jorge. *Constitución y empleo público*. Granada: Comares, 2000.

FONT i LLOVET, Tomas. “La diversificación de la potestad normativa: la autonomía municipal y la autoAdministración corporativa”. *Derecho Privado y Constitución*. Nº 17, 2003.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “Función pública local”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel y FERNANDEZ RODRÍGUEZ, Carmen. *Manual de Derecho Local*. Madrid: Iustel, 2010.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “La función pública local: asignatura pendiente de la autonomía local”. *Revista de Administración Pública*. Nº 191, 2013.

FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel. “El empleo público en tiempos de crisis”. LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano; FUENTETAJA PASTOR, Jesús Ángel; RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, Sonia. *Las reformas administrativas de la crisis*. Navarra: Aranzadi, 2017.

GALÁN GALÁN, Alfredo. *La potestad normativa autónoma local*. Barcelona: Atelier, 2001.

GALÁN GALÁN, Alfredo. “La potestad normativa local de autoorganización”. En MERINO ESTRADA, Valentín (Coordinador). *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*. Granada: CEMCI, 2008.

GALLART FOLCH, Alejandro. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Comares, 2000.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Concepto y principios fundamentales del derecho de la organización*. Madrid: Marcial Pons, 2000.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio. “Los derechos colectivos en el empleo público”, en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones públicas. XI Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Volumen II Madrid: MTSS, 2001.

GARCÍA MURCIA, Joaquín, “Las peculiaridades de la libertad sindical en la función pública”. *Revista Jurídica de Asturias*. Nº 16, 1993.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Los convenios colectivos como fuente de la relación laboral: más apuntes para un debate recurrente”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 68, 2007.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. “El derecho de huelga en España: nuevas piezas para un sistema inacabado”. En CABEZA PEREIRO, Jaime; MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús (Coordinadores). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Ediciones Laborum, 2008.

GARCÍA MURCIA, Joaquín. “Fuerza vinculante e intangibilidad del convenio colectivo: a propósito del Auto TC 85/2011”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 157, 2013.

GARCÍA TORRES, Alba. “Fuentes de regulación e instrumentos de organización del trabajo en el empleo público en régimen laboral”. Oviedo: Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo, 2015.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José A. “Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos”. *Revista de Administración Pública*. Nº13, 1954.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Principios jurídicos de la organización administrativa*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1957.

GARDINI, Gianluca. *Imparzialità amministrativa tra indirizzo e gestione*. Milán: Giuffrè Editore, 2003.

GARRIDO CUENCA, Nuria M. *El acto de gobierno*. Barcelona: CEDECS, 1998.

GARRIDO CUENCA, Nuria M.; DELGADO PIQUERAS, Francisco. “Las funciones del personal eventual en la jurisprudencia”. *Revista catalana de dret públic*. Nº 51, 2015

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Madrid: CEC, 1994.

GERNIGON, Bernard; ODERO, Alberto; GUIDO, Horacio. “Principios de la OIT sobre negociación colectiva”. *Revista Internacional del Trabajo*. Nº 119, 2000.

GIL CREMADES, Rafael. *La imparcialidad en la función pública*. Zaragoza: Editorial Reus, 2008.

GIL FRANCO, Agustín Juan. “Elementos necesarios o estructurales de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario en el Estado y los municipios, desde las normas y la jurisprudencia”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 99-100, 2014.

GIL FRANCO, Agustín Juan. “Régimen jurídico básico de las relaciones de puestos de trabajo y estatuto de los funcionarios locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 3, 2015.

GIL y GIL, José. *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1993.

GIMENO FELIU, José María. “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 58-59, 2016.

GODINO REYES, Martín. *El contrato de trabajo en la Administración pública*. Madrid: Civitas, 1996.

GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco J. *La adhesión al convenio colectivo*. Santiago de Compostela: EGAP, 1997.

GÓMEZ ARBÓS, Juan. “La sucesión de empresas, supuestos controvertidos en la aplicación del artículo 44 ET”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 185, 2016.

GÓMEZ CABALLERO, Pedro. “El derecho de huelga en la Función Pública”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 27, 1986.

GÓMEZ CABALLERO, Pedro. *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*. Madrid: CES, 1994.

GÓMEZ CABALLERO, Pedro. “Las fuentes de regulación de las relaciones de empleo del personal al servicio de las Administraciones públicas”. *Relaciones Laborales*. Nº 23-24, 2008, LA LEY 41271/2008.

GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel. *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*. Madrid: CES, 1996.

GONZÁLEZ DE LA ALEJA, Ramón. “Una nueva aportación del tribunal Constitucional al concepto de antisindicalidad: la exclusión de la negociación colectiva a un sindicato que no desconvoca una huelga. Comentario a la STC 80/2000, de 27 de marzo”. *Revista de Derecho Social*. Nº 12, 2000.

GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago, “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en ALARCÓN, Manuel Ramón (Coordinador). *Constitución y Derecho del Trabajo: 1981-1991*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

GONZÁLEZ RÍOS, Isabel. “Hacia una racionalización “estructural” de los entes instrumentales: principios y reglas de inexcusable cumplimiento”. *Revista Andaluza de Administración Pública*. Nº 88, 2014.

GOÑI SEIN, José Luis. *El respeto a la esfera privada del trabajador*. Madrid: Civitas, 1988.

GOÑI SEIN, José Luis. “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”. *Revista de Derecho Social*. Nº 78, 2017.

GORRITI BONTIGUI, Mikel. “La evaluación del desempeño: análisis, retos y propuestas. Una aplicación a la Comunidad Autónoma de Aragón”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 13, extraordinario, 2011.

GORRITI BONTIGUI, Mikel. “Funcionarios y laborales: criterios para su decisión organizativa”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 11, 2016.

GRÉGOIRE, Roger. *La fonction publique*. Paris: Dalloz, 2005.

GUTIÉRREZ LLAMAS, Antonio. “Algunas consideraciones sobre el reconocimiento específico de la compatibilidad de determinadas actividades profesionales de los empleados públicos”. *Anales del Derecho de la Universidad de Murcia*. Nº 24, 2006.

GUTIÉRREZ REÑÓN, Alberto. “Puesto de trabajo, plaza, destino y términos análogos en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado: Hacia una terminología uniforme”. *Documentación administrativa*. Nº 76, 1964.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public General*. Cinquième Edition. Paris : Librairie de la Société du Recueil G^a des Lois et des Arrêts, 1903.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Neuvième Edition. Paris : Librairie de la Société du Recueil Sirey, 1919.

HAURIOU, Maurice, *La jurisprudence administrative de 1892 a 1929*. T. III. Paris: Recueil Sirey, 1929 (Ed. 1931).

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, Hilario M. “Subrogación laboral en los contratos del sector público”. *Actualidad Administrativa*. Nº 5, 2014.

HERRAINZ MARTIN, M^a Sol. “La adaptación de condiciones de trabajo y sus límites”. *Relaciones Laborales*. Nº 4, 2014.

ILDEFONSO HUERTAS, Rosa María. *Tres modelos comparados de función pública y sus procesos de selección*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2004.

IRURETA URIARTE, Pedro. “El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa”. *Estudios Constitucionales*. Nº 12, 2013.

JÉZE, Gastón. *Principios generales del derecho administrativo, II* (1). Buenos Aires: Desalma, 1949.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)*. Madrid: INAP, 1989.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “La función directiva en el sector público español: tendencias de futuro (art. 13)”. *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*. En DEL REY GUANTER, Salvador (Dirección). Madrid: La Ley, 2008.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael; CASTILLO BLANCO, Federico. *Informe sobre el empleo público local. Balance y propuestas para su racionalización en el marco del empleo público*. Madrid: Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “Ética pública, política y alta administración. Los códigos éticos como vía para reforzar el buen gobierno, la calidad democrática y la confianza de los ciudadanos en sus instituciones”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 5, 2013.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. *Anàlisi de la incidència de la LRSAL sobre el personal eventual que ocupa funcions directives en les entitats locals i ens del seu sector públic a Catalunya; identificació de problemes i articulació de recomanacions per afrontar el mandat 2015-2019*. Barcelona: Federació de Municipis de Catalunya, 2015.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “El Sector Público Local tras la Ley 40/2015: retos inmediatos y cuestiones abiertas”. *Diario de Derecho Municipal. IUSTEL*. 26/09/2016.

JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael. “Códigos de conducta en las Administraciones Públicas: alguna experiencias”. *Cuadernos de Derecho Local*. Nº 43, 2017.

JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio. “Organización administrativa y relaciones interadministrativas”. *Documentación Administrativa*. Nº 2, 2015.

JORION, Benoît. “Le principe de parité entre fonctions publiques, un principe peau de chagrin”. *Revue Française du Droit Administrative*. 14 (2), 1998.

KAFTANI, Catherine. *La formation du concept de fonction publique en France*. Paris: LGDJ, 1998.

KONINCKX FRASQUET, Amparo. “El sector público institucional en la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público, con especial referencia a los consorcios”. *Revista digital CEMCI*. Nº 29, 2016.

- LAFON, Jacques, “Le contrat de fonction publique. Note sur la naissance de l’État patron”, *Revue historique de droit français et étranger*, 1974.
- LAHERA FORTEZA, Jesús. *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*. Madrid: CES, 2000.
- LAHERA FORTEZA, Jesús. *Normas laborales y contratos colectivos*. Madrid: Reus Editorial, 2008.
- LARIOS RISCO, David. “Personal directivo”. *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*. En PALOMAR OLMEDA, Alberto; SEMPERE NAVARRO, Antonio V. Navarra: Aranzadi, 2008.
- LASAGABASTER HERRATE, Iñaki. *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas, 1994.
- LE MESTRE, Renan. *Droit du Service Public*. Paris: Gualino Éditeur, 2003.
- LINDE PANIAGUA, E. “Notas sobre la naturaleza, el ámbito y el desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público. En LINDE PANIAGUA, E. (Director). *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas*. Madrid: Colex S.A., 2008.
- LINDE PANIAGUA, Enrique. “La evaluación del desempeño de los empleados en el estatuto básico del empleado público”. En *Crisis Económica y Función Pública*. Aranzadi: Navarra, 2012.
- LLANAS BENAVIDES, Antonio; SOLANA PEREZ, Alicia. “Los derechos colectivos de los funcionarios”. CASTILLO BLANCO, Federico A. “*Lecciones de función pública*”. CEMCI. Granada, 2003.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*. Madrid: Civitas, 1994.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. “El principio constitucional de la jerarquía administrativa”. En SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso (Director). *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*. Madrid: La Ley, 2010.
- LÓPEZ GANDÍA, Juan. “La negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista de Treball*. Nº 8, 1988.
- LÓPEZ GÓMEZ, José Manuel. *La relación laboral especial de empleo público*. Madrid: Civitas, 2009.
- LÓPEZ JALLE, Víctor. *Anàlisi i formalització de l’estructura organitzativa de l’Administració de la Generalitat de Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2010.

LORENTE RIVAS, Antonio. *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*. Tesis Doctoral. Granada: Universidad de Granada, 2009.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan B. “Los principios de eficacia y organización en la estructura de la Administración pública”. *Revista de Administración Pública*. Nº 164, 2004.

LOSADA, Carlos; ALBAREDA, Adrià; LONGO, Francisco; FÉREZ, Manuel. *El empleo público en España: desafíos para un estado democrático más eficaz*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2017.

LOSCHAK, Danièle. “Le pouvoir hiérarchique dans l’entreprise privée et dans l’administration”. *Droit Social*. Nº 1, 1987.

LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Bosch Editor, 1999.

MACEDO DE BRITTO PEREIRA, Ricardo. *La negociación colectiva en la función pública. Una aproximación constitucional*. Madrid: CES, 2004.

MADRIGAL ESTEBAN, María Jesús; MARÍNEZ SALDAÑA, David. “La subrogación de trabajadores y la sucesión de empresa en el ámbito de la contratación pública”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*. Nº 40, 2015.

MAESO SECO, Luís. Función directiva y funcionarios con habilitación de carácter nacional: Algunas reflexiones al hilo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús (Director). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Navarra: Aranzadi, 2014.

MAESTRO BUELGA, Gonzalo. “El ámbito material de la negociación colectiva de los funcionarios”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 41, 1995.

MALARET GARCÍA, Elisenda. “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”. *Revista de Administración Pública*. Nº 145, 1998.

MALARET GARCÍA, Elisenda. “El Estatuto Básico del Empleado Público, la modernización administrativa en el Estado de las Autonomías: un proceso en construcción”. *Revista vasca de Administración Pública*. Nº 84-2009.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la administración pública. Los acuerdos mixtos*. Granada: Comares, 1999.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. “La estructura de la negociación colectiva en la Administración pública andaluza”. *Temas Laborales*. Nº 100, 2009.

MARÍN ALONSO, Inmaculada. “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el EBEP”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 141, 2009.

- MARÍN MORAL, Isabel. *Libertad sindical y Constitución*. Murcia: Ediciones Laborum, 2003.
- MARRERO SÁNCHEZ, Estela María. “El derecho constitucional de negociación colectiva”. *Revista de Derecho Social*. Nº 59, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría (III)*. Madrid: Civitas, 1991.
- MARTIN VALVERDE, Antonio. “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”. En AA.VV. *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio Sobre la Negociación Colectiva*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1993.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio. “El estatuto básico del empleado público y la regulación de los conflictos colectivos de trabajo”. En CABEZA PEREIRO, Jaime; MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús (Coordinadores). *El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al profesor Gonzalo Diéguez*. Murcia: Ediciones Laborum, 2008.
- MARTÍNEZ ABASCAL, Vicente A. “Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 39, 1989.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. “El sistema normatiu de la funció pública local”. MAURI, Joan (coordinador). *Quina funció pública volem per als nostres ajuntaments?* Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer, 2003.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis; Ysa Figueras, Tamyko. *Les personificacions instrumentals locals a Catalunya*. Barcelona: EAPC, 2003
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. *Los servicios públicos locales: Concepto, configuración y análisis aplicado*. Barcelona: Bayer, 2007.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. “Procesos de extinción, separación y reestructuración de las personificaciones instrumentales locales en un contexto de crisis económica. Especial referencia al caso de Cataluña”. En *Anuario del Gobierno Local, 2011*. Madrid: 2012.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. “Les personificacions instrumentals locals: estat de la qüestió”. *Revista catalana de dret públic*. Nº 47, 2013.
- MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, José Luis. “El sector público local: redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”. En CARRILLO DONAIRE, J.A.; NAVARRO RODRÍGUEZ, P. *La reforma del régimen jurídico de la Administración Local. El nuevo marco regulatorio a la luz de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local*. Madrid: La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, 2014.

MARTÍNEZ CAMPOS, María Nieves. *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 2002.

MARTÍNEZ DE PISON APARICIO, Iñigo. *Régimen jurídico de la función pública y derecho al cargo*. Madrid: Civitas, 1995.

MARTÍNEZ FERNANDEZ, José Manuel. “Instrucciones para evitar incurrir en supuestos de “cesión ilegal de trabajadores” en la contratación pública y minimizar los efectos de los incumplimientos por parte de los contratistas de sus obligaciones sociolaborales”. *El Consultor de los Ayuntamientos*. Nº 6, 2013.

MARTÍNEZ FONS, Daniel. *El poder de control del empresario en la relación laboral*. Madrid: CES, 2002.

MARTÍNEZ GAYOSO, M^a Nieves. “La negociación colectiva conjunta de los empleados públicos en el ámbito supramunicipal: La experiencia de la Administración local vasca”. *Lan Harremanak*. Nº 36, 2017.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús. “La relación entre convenio colectivo y norma (estatal o autonómica) de extraordinaria y urgente necesidad. Un estudio sobre su fundamentación constitucional. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 174, 2015.

MARTÍNEZ ROCAMORA, Luís G. *Decisiones empresariales y principio de igualdad*. Barcelona: CEDECS, 1998.

MASTINU, Enrico Maria. “La procedimentalización sindical del ejercicio de los poderes y prerrogativas del empresario”. *Relaciones Laborales*. Núm. 19, 2005.

MAURI MAJÓS, Joan. “Problemas de la representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado”. *Documentación Administrativa*. Nº 241-242, 1995.

MAURI MAJÓS, Joan. “Naturaleza y función de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”. *Presupuesto y Gasto Público*. Nº 41, 4/2005.

MAURI MAJÓS, Joan. “El acceso al empleo público”. En CASTILLO BLANCO, Federico A.; QUESADA LUMBREERAS, Javier E. (Dirección y Coordinación). Madrid: IUSTEL, 2009.

MAURI MAJÓS, Joan. *Los órganos de representación del personal funcionario: delegados y juntas de personal*. Barcelona: Diputación de Barcelona, 2012.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador de los derechos fundamentales*. Madrid: McGraw-Hill, 1996.

MELERO ALONSO, Eduardo. *Reglamentos y disposiciones administrativas: análisis teórico y práctico*. Valladolid: Lex Nova, 2005.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. “Anotaciones críticas sobre la posible existencia de un derecho a la “buena” organización administrativa”. En *El nuevo derecho administrativo. Libro Homenaje al Prof. Enrique Rivero Ysern*. AA.VV. Salamanca: Ratio Legis, 2011.

MELLADO RUIZ, Lorenzo. “El intento de clarificación de las competencias municipales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre”. En GRACIA RUBIO, Fernando (Director). *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. Madrid: INAP, 2015.

MENÉNDEZ GARCÍA, Pablo. *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*. Madrid: Civitas, 1993.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*. Madrid: Civitas, 1994.

MERCADER UGUINA, Jesús R. “La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable”. *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Nº 109, 2002.

MERCADER UGUINA, Jesús R. *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2014.

MERINO ESTRADA, Vicente. “La elección de la forma de gestión de los servicios públicos locales”. *Revista de Estudios Locales*. Extra, Junio, 2007.

MERINO SEGOVIA, Amparo. “La definición de las cualidades morales y éticas de los trabajadores de la empresa de dimensión transnacional: Los códigos de comportamiento ético y empresarial”. *Revista de Derecho Social*. Nº 31, 2005.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. *El régimen de las incompatibilidades de los empleados públicos*. Barcelona: Bosch, 2007.

MÍGUEZ MACHO, Luis. *Los servicios públicos y el régimen jurídico de sus usuarios*. Barcelona. CEDECS. 1999.

MOLERO MANGLANO, Carlos. *El contrato de alta dirección*. Pamplona: Civitas, 2011.

MOLERO MARAÑÓN, M^a Luisa, “La aplicación judicial de los derechos de información y consulta en los procesos de reestructuración empresarial”. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo (Coordinación). *Las reestructuraciones empresariales: un análisis transversal y aplicado*. Madrid: Ediciones Cinca, 2016.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La vertiente convencional del EBEP: el nuevo régimen de la negociación colectiva en el empleo público”. En AA.VV. *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 2007.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “La negociación colectiva en las Administraciones Públicas y su garantía en un modelo de justicia multinivel: “vuelos” y “caídas” de un derecho

¿de configuración legal?”. En SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo; CABERO MORÁN, Enrique (Coordinadores). *Sindicalismo y Democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares, 2017.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “El poder empresarial de control digital: ¿”Nueva doctrina” del TEDH o mayor rigor aplicativo de la precedente? A propósito de la STEDH de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu, Rumania. *Ius Labor*. Nº3/2017.

MONEREO PÉREZ, José Luís. “Estudio preliminar. Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho”. Estudio preliminar a la obra de GALLART FOLCH, Alejandro. *Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo en la doctrina y en las legislaciones extranjeras y española*. Granada: Comares, 2000.

MONEREO PÉREZ, José Luís; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. “Personal directivo”. En MONEREO PÉREZ, José Luís; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dirección y coordinación). *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2008*. Granada: Comares, 2008.

MONEREO PÉREZ, José Luís; TOMAS JIMÉNEZ, Natalia. “Derecho a la negociación colectiva (implícito al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical)”. En MONEREO ATIENZA, Cristina; MONEREO PÉREZ, José Luís. *El sistema universal de los derechos humanos*. Granada: Comares, 2014.

MONTORO CHINER, María Jesús. *La función pública en el federalismo alemán*. Madrid: INAP, 1987.

MONTORO CHINER, María Jesús. “Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones”. *Revista de Administración Pública*. Nº 136. 1995.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación. *Las entidades públicas empresariales en el ámbito local*. Madrid: IUSTEL, 2006.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 36, 2014.

MONTOYA MARTÍN, Encarnación. “Ordenación del sector público instrumental después de la LRSAL”. En GRACÍA RUBIO, Fernando (Director). *Análisis de las repercusiones de la reforma local sobre la organización, competencias y servicios de las entidades locales*. Madrid: INAP, 2015.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. “El poder de dirección del empresario en las estructuras complejas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 48, 2004.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario”. En PÉREZ DE LOS COBOS (Director). *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*. Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Las Administraciones públicas como empresarios laborales (un estudio a la luz del nuevo estatuto del empleado público)”. En LUELMO MILLAN, Miguel Ángel (Director). *Relaciones laborales en las Administraciones públicas*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales”. En SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen; GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco (Directores). *Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales*. Navarra: Aranzadi, 2011.

MORA CABELLO DE ALBA, Laura. *La participación institucional del sindicato*. Madrid: Consejo Económico y Social, 2008.

MORATÓ GARCÍA, Rosa María. “La intervención de los códigos de comportamiento ético en el régimen disciplinario”. *XVI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Lisboa: 2006.

MORATÓ GARCÍA, Rosa María. *Derecho de resistencia y ejercicio irregular del poder de dirección*. Granada: Comares, 2011.

MORENO MÁRQUEZ, Ana. “Cesión de trabajadores entre Administraciones Públicas”. *Aranzadi Social*. Nº 10, 2012.

MORENO VIDA, María Nieves. “La naturaleza jurídica de los pactos sociales”. En OJEDA AVILÉS, Antonio. *La concertación social tras la crisis*. Barcelona, Ariel, 1990.

MOREU CARBONELL, Elisa. “Las relaciones de puestos de trabajo en el proceso de reforma de las Administraciones Públicas”. *Revista de Administración Pública*. Nº 144, 1997.

MOROTE SARRIÓN, José Vicente. *Las circulares normativas de la Administración pública*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2002.

MOROTE SARRIÓN, José Vicente. “Las sociedades públicas tras la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”. En DOMINGO CEBALLOS, Manuel J. (Coordinador). *Reforma del régimen local. La ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: Veintitrés estudios*. Navarra: Aranzadi, 2014.

MOUZELIS, Nicos P. *Organización y burocracia*. Barcelona, Península, 1978.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español*. Navarra: Aranzadi, 1998.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Derecho público de las comunidades autónomas (I)*. Madrid: Iustel, 2007.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo III. Madrid: IUSTEL, 2009.

MURILLO DE LA CUEVA, Enrique Lucas. “La inactividad del legislador autonómico”. *Estudios de Deusto*. Nº 51/1, 2003.

NIETO, Alejandro. “La jerarquía administrativa”. *Documentación Administrativa*. Nº 229, 1992.

NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2005.

NIETO GARRIDO, Eva, “Una noción más estricta del concepto formal de bases en materia de función pública, la reserva de la ley y los convenios colectivos y la cláusula de prevalencia del derecho estatal”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 120, 2003.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *Sindicato y negociación colectiva de franja*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

NORES TORRES, Luís Enrique. “El empleo público en tiempo de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP.1”. *Revista General de Derecho Administrativo*. Nº 35, 2014.

ODERO, Alberto. “El derecho de huelga en la función pública y en los servicios esenciales: los principios de la OIT”. *Relaciones Laborales*. 1999-I.

OJEDA AVILÉS, Antonio. “La negociación colectiva de los funcionarios públicos y la entrada en vigor del Convenio internacional núm. 151 OIT”. *Relaciones Laborales*. 1985, T. II.

OJEDA AVILÉS, Antonio, “Ámbito esencial de la negociación colectiva e intervención proporcionada de la ley”. En RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel; VALDÉS DAL-RE, Fernando; CASAS BAAMONDE, María Emilia (Coordinadores). *Estabilidad en el empleo, dialogo social y negociación colectiva. La reforma laboral de 1997*. Madrid: Tecnos, 1998.

OJEDA AVILÉS, Antonio. “La negociación colectiva en el sector público”. En CASTILLO BLANCO, Federico A. (Coordinador). *Situación actual y tendencias de la función pública española*. Granada: Comares, 1998.

OLARTE ENCABO, Sofía. *El convenio colectivo por adhesión. Régimen jurídico-positivo*. Madrid: Civitas, 1995.

OLÍAS DE LIMA GETE, Blanca. “Cara y cruz de la externalización”. En ORTEGA ÁLVAREZ, Luís (Director). *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?* Madrid: INAP, 2011.

ORDÓÑEZ SOLÍS, David. “Incidència de la normativa i la jurisprudència comunitària i de la protecció de dades en les relacions laborals de les Administracions públiques”. *Seminari d’actualització de la Funció Pública Local*. Barcelona: FMC, 2013.

ORSI BATTAGLINI, Andrea. “Fonti normative e regime giuridico del rapporto d’impiego con enti pubblici”. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*. Nº 59-60, 1993.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*. Madrid: Tecnos, 1981.

ORTEGA ÁLVAREZ Luis. “La potestad normativa local”. *Anuario del Gobierno Local 2001*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. “Services publics et usagers des services dans l’Union Européenne». VV.AA. *Études en l’honneur de Gérard Timsit*. Bruxelles: Bruylant, 2004.

ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?* Madrid: INAP, 2011.

ORTIZ MALLOL, José. “La Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2015, de 19 de noviembre de 2015, sobre la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público de Andalucía. (y Damocles guardó la espada). *Revista Andaluza de Administración Pública*. Nº 93, 2015.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La ordenación jurídica de los planes de empleo: referencia al ámbito local”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 265, 1995.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La oferta de empleo público ante el control jurisdiccional: hacia su verdadera dimensión”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 140, 2008

PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Régimen jurídico del personal al servicio de las Entidades Locales”. En COBO OLVERA, Tomás. *Tratado de Derecho local*. Navarra: Aranzadi, 2010.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Impasse y deterioro del marco jurídico. ¿Habrà que cambiar el EBEP antes de aplicarlo?”. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*. Nº 3, 2012.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. “La planificación del empleo público y su ejecución: las medidas de redimensionamiento en el ámbito de las Administraciones públicas”. En FUENTETAJA PASTOR, Jesús (Director). *La función pública local: del Estatuto Básico a la Ley de Reforma Local de 2013*. Madrid: Aranzadi, 2014.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. *Planificación del empleo público e instrumentos de flexibilización y racionalización*. Madrid: Lex Nova, 2015.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel-Carlos. “El derecho de sindicación de los funcionarios públicos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*. Nº 7, 1986.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la jurisprudencia constitucional; a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 3, 1981.

PAREJO ALFONSO, Luciano. “La potestad de autoorganización de la Administración Local”. *Documentación Administrativa*. Nº 228, 1991.

PAREJO ALFONSO, Luciano, “Administración y función pública”. *Documentación Administrativa*. Nº 243, 1995.

PAREJO ALFONSO, LUCIANO. “La potestad normativa local”. En MERINO ESTRADA, Valentín (Coordinador). *La potestad normativa local: autoorganización, servicios públicos, tributos, sanciones y relaciones sociales*. Granada: CEMCI, 2008.

PAREJO ALFONSO, Luciano. *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*. Madrid: IUSTEL, 2009.

PEDROSA GONZÁLEZ, Juan. *Relaciones actuales entre convenio y ley*”. Albacete: Bomarzo, 2015.

PEÑALVER CABRÉ, Alexandre. *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo*. Navarra: Aranzadi, 2016.

PÉREZ LUQUE, Antonio. *La estructura de personal al de las Corporaciones Locales*. Granada: Comares, 1999.

PINAZO HERNANDIS, Javier. “La necesaria reforma del empleo público local en la modernización de los gobiernos locales”. *REALA*. Nº 304, 2007.

PONCE SOLÉ, Juli. “Una aproximación al fenómeno privatizador en España”. *Revista de Administración Pública*. Nº 139, 1996.

PONCE SOLÉ, Juli. “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”. *Cuadernos de Derecho Local*. Nº 40, 2016.

PONCE SOLÉ, Juli. “Códigos éticos y de conducta. Un factor clave en la cultura de integridad de los entes locales”. En VILLORIA MENDIETA, Manuel; FORCADELL ESTELLER, Xavier (Dirección y coordinación). *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*. Madrid: Tecnos, 2016.

POQUET CATALÀ, Raquel. *El actual poder de dirección y control del empresario*. Navarra: Aranzadi, 2013.

POQUET CATALÁ, Raquel. “El límite de la desobediencia a las órdenes del empresario”. *IUSLabor*. Nº 3, 2014.

PRADOS REYES, Francisco Javier (Coordinador). *La negociación colectiva en los entes públicos de Andalucía*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007.

PRATS CATALÀ, Joan. “Los fundamentos institucionales del sistema de mérito: la obligada distinción entre función pública y empleo público”. *Documentación administrativa*. Nº 241-242. 1995.

PRECIADO DOMÉNECH, Carlos Hugo. “La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio”. *Temas Laborales*. Nº 118/2013.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. “Todavía seguimos hablando de los “actos políticos”...”. En ARENILLA SAÉZ, Manuel (Coordinador). *La Administración pública entre dos siglos*. Madrid: INAP, 2010.

PRIETO ROMERO, Cayetano; CORRALES GUILLEN, Juan Carlos (Coordinadores). *Estudios sobre el Estatuto Básico del Empleado Público*. Madrid: Aranzadi-Ayuntamiento de Madrid: Madrid, 2008.

PULIDO QUEVEDO, Manuel. *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*. Madrid: Civitas, 1992.

QUESADA LUMBRERAS, Javier E. *La carrera profesional en el sistema de empleo público español: modelos, análisis y propuestas*. Navarra: Aranzadi, 2015.

RAMALLO LÓPEZ, Fátima A. “Modelos de reforma de las Administraciones públicas: el caso de España”. En *Reestructuraciones de las Administraciones públicas: aspectos administrativos y laborales*. CASTILLO BLANCO, Federico A.; MONEREO PÉREZ, José Luis (Directores y coordinadores). Granada: Comares, 2015.

RAMIÓ MATAS, Carles; SALVADOR SERNA, Miquel; GARCÍA CODINA, Oriol. *Els determinats i la gestió de l'externalització a Catalunya. Món local i món autonòmic*. Barcelona: EAPC, 2007.

REBOLLO PUIG, Manuel. “Juridicidad, legalidad y reserva de ley como límites a la potestad reglamentaria”. *Revista de Administración Pública*. Nº 125, 1991.

RIVERO LAMAS, Juan; DE VAL TENA, Luís Angel. “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Nº 68, 2007.

RIVERO LAMAS, Juan; DE VAL TENA, Ángel Luis. “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”. En MONEREO PÉREZ, José Luís; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal; OLARTE ENCABO, Sofía, RIVAS VALLEJO, Pilar (Dirección y coordinación). *El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentario sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de Abril de 2008*. Granada: Comares, 2008.

RIVERO YSERN, Enrique. “Potestad organizatoria y actividad organizativa”. *Documentación administrativa*. Nº 153, 1973.

RODRÍGUEZ ALONSO, Javier. “La supletoriedad del derecho estatal”. En *Estudios sobre el ordenamiento jurídico aragonés*. Zaragoza: Justicia de Aragón, 2003, T.I.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*. Barcelona: CEDECS, 1996.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “Medidas de racionalización en el sector público: Incidencia sobre la estabilidad del personal laboral”. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Nº 37, 2015.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Susana. “Poder de control, sistemas tecnológicos y derechos de los empleados públicos”. *Seminari sobre relacions col·lectives*. Barcelona: FMC, 2017.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *La estructura de la negociación colectiva*. Valladolid: Lex Nova, 2000.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, María Luz. *Negociación colectiva, igualdad y democracia*. Granada: Comares, 2016.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. “Ley y negociación colectiva en la función pública”. *Relaciones Laborales*. Nº 14, 1997.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Criterios constitucionales sobre la negociación colectiva en la Administración Pública”, en CRUZ VILLALON, JESÚS (Coordinador). *Negociación colectiva en la Junta de Andalucía*. Sevilla: IAAP, 1997.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel. “Internalización de actividades sin sucesión de plantillas”. *Relaciones laborales*. Nº 5, 2011.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José. *El estatuto de los funcionarios públicos. Su convergencia con el estatuto de los trabajadores*. Granada: Comares, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS, María José. “derechos colectivos de los empleados públicos”. En CASTILLO BLANCO, Federico A. (Director); QUESADA LUMBRERAS, Javier E. (Coordinador). *Manual de Empleo Público*. Madrid: IUSTEL, 2009.

ROJAS RIVERO, Gloria P. “La externalización en la Administración Pública. El debate jurisprudencial”. *Asociación Canaria Iuslaboralista*. Gran Canaria: 2016.

ROMÁN DE LA TORRE, María Dolores. *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992.

ROQUETA BUJ, Remedios. *La negociación colectiva en la función pública*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

ROQUETA BUJ, Remedios. “Los acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales”. *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*. Nº 280-281, 1999.

ROQUETA BUJ, Remedios. *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto de Empleado Público*. Madrid: La Ley, 2007.

ROQUETA BUJ, Remedios. “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Locales tras el Estatuto Básico del Empleado Público”. *Revista de Estudios Locales*. Nº 112, 2008.

ROQUETA BUJ, Remedios. “La evaluación del desempeño de los empleados públicos en el EBEP”. *Actualidad Laboral*. Nº 21, 2012.

ROQUETA BUJ, Remedios. *Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Locales*. Granada: CEMCI, 2013.

RUANO RODRÍGUEZ, Lucía. *Constitución, función pública y empleo laboral*. Navarra: Aranzadi, 1998.

RUSCIANO, Mario. “La reforma del lavoro pubblico: fonti della trasformazione e trasformazione delle fonti”. *Gionale di diritto del lavoro e di relazione industriali*, 70, 1992.

RUSCIANO, Mario. “Le fonti: negoziatore pubblico e contratti collettivi di diritto privato”. *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, II, marzo-aprile, 2007.

RUSCIANO, Mario. “Organizzazione pubblica e contrattualizzazioni dei rapporto di lavoro”. *Diritto Pubblico*, 1/2008.

RUZIÉ, David. *Les agents des personnes publiques et les salariés en droit français. Étude comparative de leur condition juridique*. Paris: LGDJ, 1960.

SÁEZ LARA; Carmen. “Medidas de flexibilidad interna: movilidad funcional, geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”. *Temas Laborales*. Nº 115, 2012.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*. Madrid. ACARL, 1991.

SALA FRANCO, Tomás. “Acerca de la seguridad jurídica y de la naturaleza de las normas laborales: reflexiones para un debate”. En AA.VV. *Homenaje al profesor Juan García Abellán*. Murcia: Universidad de Murcia, 1994.

SALA FRANCO, Tomas. “Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas”. *Actualidad laboral*. Nº 32, 2000.

SALA FRANCO, Tomás; BLASCO PELLICER, Ángel; ALTÉS TARREGA, Juan Antonio. *La negociación colectiva en el empleo público*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

SALA FRANCO, Tomás. “Los principios de imperatividad legal, de norma mínima y de norma más favorable”. En DE LA VILLA GIL, Luís Enrique; LÓPEZ CUMBRE, Lourdes. *Los principios del derecho del trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros, 2003.

SALA FRANCO, Tomás. “El acceso al empleo público laboral”. ARIAS DOMÍNGUEZ, Ángel; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Manuel. *Medidas de reestructuración empresarial del empleo público en tiempos de crisis*. Navarra: Aranzadi, 2015.

SALAS, Javier. “Los poderes normativos de la Generalitat de Catalunya”. *Revista de Estudios de la Vida Local*. Nº 205, 1980.

SALIDO BANÚS, José Luís. *La negociación colectiva en España: los acuerdos marco y los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales. Su incidencia en la estructura del sistema negocial*. Barcelona: Atelier, 2001.

SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina. “La condición más beneficiosa y su fuente generadora”. *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 174, 2015.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Reflexiones sobre las vinculaciones constitucionales en materia de empleo público”. *Revista Catalana de Derecho Público*. Nº 24, 1999.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Objeto y ámbito de aplicación”. En SANCHEZ MORÓN, Miguel. “Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público”. Valladolid: Lex Nova, 2007.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Informe jurídico sobre el deber de las Administraciones públicas de incluir en la oferta de empleo público las plazas vacantes ocupadas por personal interino o temporal y publicar en plazo las correspondientes convocatorias de selección”. *Revista de Administración Pública*. Nº 187, 2012.

SÁNCHEZ MORON, Miguel. *Derecho Administrativo. Parte general*. Madrid: Tecnos, 10ª Edición, 2014.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “La regulación del sector público institucional en el proyecto de Ley de régimen jurídico del sector público”. *Documentación Administrativa*. Nº 2, 2015.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. “Privatización de la gestión de servicios públicos y precarización del empleo: la inaplazable necesidad de un cambio de modelo”. En *Revista de Derecho Social*. Nº 39, 2007.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “La teoría del órgano en el Derecho Administrativo”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 40/41, 1984.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I. 4ª ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.

SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. “A vueltas con el modelo constitucional de negociación colectiva: titularidad y contenidos”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 85, 1997.

SANTIAGO REDONDO, Koldo Mikel. *La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 E.T.)*. Valencia: Tiran lo Blanch, 1998.

SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio. *Los principios de aplicación del Derecho del Trabajo*. Madrid. ACARL, 1991.

SCACCIA, Gino. “Appunti sulla riserva di legge nell’esperienza costituzionale tedesca”. *Diritto Pubblico*. 2001, I.

SCHARTZ, Rémy. “Le pouvoir d’organisation du service”. *AJDA*. Nº spécial, 1997.

SELMA PENALVA, Alejandra. “El trabajador “indefinido no fijo” en la Administración Pública. Cuestiones controvertidas y problemas prácticos suscitados en torno a esta figura”. *Relaciones laborales*. Nº 11, 2014.

SENRA BIEDMA, Rafael. “Negociación colectiva y principio de igualdad”. *IUSLabor*. Nº 2, 2007.

SERRANO PASCUAL, Antonio. “El sistema de fonts de les entitats locals (I)”. *Quaderns de Dret Local*. Nº 2, 2003.

SERRANO PASCUAL, Antonio; TERUEL, María Pilar. “La evaluación del desempeño en las Administraciones públicas, tras la entrada en vigor de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público: retos y oportunidades para su implantación en las entidades locales. *Revista Aragonesa de Administración Pública*. Nº 31, 2007

SERRANO PASCUAL, Antonio. “Informe de la Secretaria General sobre la oferta de empleo público para 2013 de la Diputación Provincial de Huesca”. *Cuadernos de Derecho Local*. Nº 33, 2013.

SERRANO PASCUAL, Antonio. “El empleo público en la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local: claroscuros y falta de apuesta firme por la modernización y por un modelo funcional de lucha contra la corrupción”. *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*. Nº 5, 2014.

SIOTTO, Federico. “L’inderogabilità nel lavoro pubblico dopo la riforma”. *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*. Nº4, 2010.

SOCIAS CAMACHO, Joana M. “Huida del derecho público y racionalización administrativa en el sector público instrumental”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 161, 2014.

SOLAZABAL ECHEVARRIA, Juan José. “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Nº 32, 1991.

SOSA WAGNER, Francisco. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas, 1992.

SOSA WAGNER, Francisco. “La función pública local”. En PALLARES MORENO, Manuel y SANCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio. *El estatuto de la función pública ¿La reforma adecuada?* Sevilla: Genesis, 1999.

SPEZIALE, Valerio. “Contrato collettivo e lavoro pubblico: rapporti tra le fonti e principi costituzionali”. *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*. Nº 70, 1996.

STINR, Bernard. “L’agent public: réflexions sur la jurisprudence”. *L’actualité juridique. Droit Administratif*. 1991-9.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. “Los derechos de información y consulta de los trabajadores en los casos de cambio de titularidad empresarial”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 152, 2011.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, Margarita. *Empleo y negociación colectiva*. Madrid: La Ley, 2014.

TISSANDIER, Hélène. “La mutation de la nature de l’employeur public: Quel avenir pour les agents /salaries ? En TOUZEIL-DIVINA, Mathieu & SWEENEY, Morgan (Direction). *Droits du travail & des fonctions publiques : Unité(s) du Droit*. Le Mans: Editions L’Epitoge, 2012.

TODOLÍ SIGNES, Adrián. *El bonus salarial. La Dirección por objetivos, la Evaluación del desempeño y la Retribución por competencias*. Valencia: Tiran lo blanc, 2017.

TORNOS MAS, Joaquín. “Los reales decretos de traspasos. Evolución y problemática actual”. *Anuario Jurídico de La Rioja*. Nº 2, 1996.

TORNOS MAS, Joaquín; GALÁN GALÁN, Alfredo. *La configuración de los servicios sociales como servicio público. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2005.

TORNOS MÁS, Joaquín. “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”. *El cronista del Estado social y democrático de derecho*. Nº 58-59, 2016.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. *La modificación unilateral de condiciones de trabajo por el empresario*. Madrid: El Derecho, 2012.

TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel. “Concepto y alcance de la modificación sustancial de condiciones de trabajo”. *Actualidad Laboral*. Nº 21, 2012

TOSCANO GIL, Francisco. *Autonomía y potestad normativa local*. Sevilla: Comares, 2006.

TOSCANO GIL, Francisco. “Otra vez los consorcios administrativos: novedades introducidas por la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público”. *Revista Vasca de Administración Pública*. Nº 105, 2016.

TREVIÑO PASCAL, Mariano. “Naturaleza jurídica y eficacia normativa del acuerdo colectivo resultado de la negociación colectiva de los funcionarios públicos”. *Revista de Derecho Social*. Nº 80, 2017.

TRIGUERO MARTÍNEZ, Luis Ángel. “Método comparado y negociación colectiva: pautas analíticas para los sistemas y tendencia jurídico-política”. *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*. Volumen 5, Nº 2, 2017.

TRILLO PÁRRAGA, Francisco. “Efectos jurídico laborales de la externalización de servicios públicos”. En APARICIO TOVAR, Joaquín (Coordinador). *Externalización y reversión de contratas en Castilla-La Mancha*. Albacete: Bomarzo, 2017.

TUDELA CAMBRONERO, Gregorio. “La representación de los funcionarios en las Administraciones Públicas: órganos, funciones y garantías”. En SANGUINETI RAYMON, Wilfredo; CABERO MORAN, Enrique (Coordinadores). *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después (1986-2016)*. Granada: Comares, 2017.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 86 1997.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. “El modelo español de negociación colectiva”. En PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco y GOERLICH, José M^a (Coordinadores). *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. *La transmisión de empresa y las relaciones laborales. Un estudio comparado de los ordenamientos comunitario y nacional*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. “Las mesas sectoriales de negociación en las Administraciones Públicas: continuidad y cambio de su ordenación jurídica (I)”. *Relaciones Laborales*. Nº 13, 2009.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional”. *Revista de Derechos Fundamentales*. Nº 5, 2011.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. “Doctrina constitucional en materia de videovigilancia y utilización del ordenador por el personal de la empresa”. *Revista de Derecho Social*, Nº 79, 2017.

VALLEJO DACOSTA, Ruth. *Modificaciones de las condiciones de trabajo*. Madrid: CES, 2002.

VAQUER CABALLERO, Marcos. “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”. *Revista de Administración Pública*. Nº 186, 2011.

VELASCO CABALLERO, Francisco. *Derecho Local. Sistema de fuentes*. Madrid: Marcial Pons, 2009.

VERNAC, Stéphane. “Le pouvoir d’organisation au croisement du droit du travail et du droit des sociétés”. *Centre de droit compare du travail et de la sécurité sociale*. Bordeaux: Université de Bordeaux, 2014.

VICENTE PALACIO, Arántzazu. “Evolución y tendencias en el contenido de la negociación colectiva”. *XXV Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. León: 2015.

VIDAL MARÍN, Tomás, “La libertad sindical”. *Parlamento y Constitución*. Nº 4, 2000.

VIGNOCCHI, Gustavo. *La successione tra enti pubblici*. Milán: Giuffrè Editor, 1956.

VILALTA REIXACH, Marc. *La encomienda de gestión. Entre la eficacia administrativa y la contratación pública*. Navarra: Aranzadi, 2012.

VILALTA REIXACH, Marc; GRACIA RETORTILLO, Ricard. “La gestió mancomunada de serveis públics en l’àmbit supramunicipal”. Barcelona: EAPC, 2016.

VILLANUEVA PUERTOLLANO, Ricardo. *Reflexiones y propuestas sobre empleo público local: problemas actuales de derecho administrativo. Tesis Doctoral*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2011.

VILLAR ROJAS, “El derecho público de la crisis: lo que se ha hecho, lo que se puede hacer”. *Noticias de la Unión Europea*. Nº 325, 2012.

VILLAR ROJAS, Francisco José. “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*. Nº 58-59, 2016.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. “Ética postconvencional e instituciones en el servicio público”. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*. Nº 117/2007.

VIÑUALES FERREIRO, Susana. “La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (a propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre)”. *Revista Española de Derecho Administrativo*. Nº 181, 2016.

VIVER I PI-SUNYER, Carles. *Materias competenciales y tribunal constitucional*. Barcelona: Ariel, 1989.

VIVERO SERRANO, Juan Bautista. *El acceso al empleo público en régimen laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

VON POTOBSKY, Geraldo. “La negociación colectiva en la administración pública central y descentralizada”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 40, 1989.

ZOPPOLI, Lorenzo. “La riforma del lavoro pubblico dalla “desregulation” alla “meritocrazia”: quale continuità?”. En ZOPPOLI, Lorenzo (a cura di). *Ideologia e tecnica nella riforma del lavoro pubblico*. Napoli: Editoriale Scientifica, 2009.

ZOPPOLI, Lorenzo. “Bentornata realtà: il público impiego dopo la fase onírica”. *WP CSDLE “Massimo D’Antona”*. IT. 168/2013.