



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2010
Barcelona



Seminari

**sobre relacions
col·lectives**



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



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



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



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

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

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



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Acuerdo de
Formación Continua
en las Administraciones
Públicas

Edita

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

Disseny i maquetació

Lacuina gràfica

Sumari

1^a sessió

01/10/10

Els Plans d'Igualtat a l'Administració Local: contingut i negociació col·lectiva.

Procediment d'eleccions sindicals: principals problemàtiques del procés per a l'Administració Local i els sindicats convocants.

2^a sessió

29/10/10

La negociació col·lectiva laboral en l'administració pública. Límits i abús en el resultat de la negociació: la intervenció dels poders públics.

3^a sessió

26/11/10

Els processos de selecció: aplicació de l'EBEP 3 anys després de la seva entrada en vigor a la negociació col·lectiva i a les bases de selecció.

Les relacions laborals del sector públic local: eficàcia dels directius i cogestió sindical.

Introducció

L'any 2010 tindrà lloc la 12a edició del Seminari sobre relacions col·lectives. En aquest any, especialment complex per raons prou conegudes, s'ha cregut adient dedicar les ponències a qüestions d'estudi necessari i a d'altres d'absoluta actualitat. En primer lloc, la propera convocatòria d'eleccions sindicals obliga a realitzar un apropament als aspectes més problemàtics als quals s'han d'enfrontar els gestors públics i els representants sindicals en el procés de convocatòria; igualment, fruit de l'EBEP i de la normativa catalana, s'analitzarà el contingut i la negociació dels plans d'igualtat en les entitats locals. En segon terme, es tractarà com s'ha aplicat l'EBEP en l'àmbit dels processos de selecció durant aquests darrers tres anys, així com les particularitats de la gestió dels recursos humans en les entitats públiques. Finalment, en la segona jornada del seminari, es dedicarà un bloc a la crisi econòmica als ajuntaments, a les raons d'aquesta crisi i a la seva influència en les relacions laborals, fent especial atenció al paper que els gestors i les organitzacions sindicals hauran de tenir en la superació de la crisi. La Federació de Municipis de Catalunya, un cop més, vol ser el punt de trobada, debat i resolució de les qüestions més punyents de l'actualitat en l'àmbit de les relacions en l'ocupació pública, i més encara aquest any, en què s'ha de fer front a una situació difícil en les relacions de treball en el sector públic.

Xavier Boltaina Bosch

Director del Seminari i cap de Recursos humans de l'Organisme de Gestió Tributària i professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Ponências

1^a sessió 16/04/10

Els Plans d'Igualtat a l'Administració Local: contingut i negociació col.lectiva.

Gemma Fabregat. Professora de Dret del Treball de la Universitat de València i investigadora de l'Observatori Nacional de Negociació Col.lectiva de CCOO.

Procediment d'eleccions sindicals: principals problemàtiques del procés per a l'Administració Local i els sindicats convocants.

Raquel Calveras Augé. Directora dels Serveis Territorial de Barcelona del Departament de Treball i exarbitre d'eleccions sindicals.

ELS PLANS D'IGUALTAT A L'ADMINISTRACIÓ LOCAL: CONTINGUT I NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA

Gemma Fabregat Monfort

professora de dret del treball de la Universitat de València,
investigadora de l'Observatori Nacional de Negociació Col·lectiva de CCOO

INTRODUCCIÓ:	1
1.- LA OBLIGACIÓ DE IMPLANTAR UN PLAN DE IGUALDAD	2
2.- LA CORPORACIÓ LOCAL COMO EMPLEADOR OBLIGADO: PECULIARIDADES DEL PLAN DE IGUALDAD .	3
3.- LA NORMATIVA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓ POR RAZÓN DE GÉNERO	5
4.- QUÉ ES EL PLAN DE IGUALDAD: RASGOS DELIMITADORES DEL CONCEPTO LEGAL	7
5.- ¿CÓMO SE ESTABLECEN LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS CORPORACIONES LOCALES?	8
6.- ¿QUÉ ETAPAS HAY EN LA ELABORACIÓN DE UN PLAN DE IGUALDAD?	10
1º) El momento previo: el diagnóstico de situación	10
2º) El diseño del Plan de Igualdad: determinación de los objetivos, de las prácticas y del seguimiento	12
7.- EL CONTENIDO DEL PLAN DE IGUALDAD: LAS MATERIAS A TRATAR	17
1º) En relación con el acceso al empleo.....	19
2º) Clasificación profesional.....	22
3º) La promoción y formación profesional	23
4º) Retribuciones	24
5º) Ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar.....	24
6º) Prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo	25
8.- ¿QUÉ OCURRE SI, EXISTIENDO LA OBLIGACIÓN, NO SE NEGOCIA UN PLAN DE IGUALDAD?	27
9.- ¿QUÉ OCURRE SI SE INCUMPLEN LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL PLAN DE IGUALDAD?	28

INTRODUCCIÓ:

La Corporación Local, como empleador, está obligada a respetar la igualdad entre hombres y mujeres mediante un Plan de Igualdad.

La obligación es clara. Al menos así creo que debe deducirse respecto del mandato previsto en la Disposición Adicional Octava EBEP que refiere esta obligación a todas las Administraciones sin más. De hecho, a estos efectos, no exige tener en consideración ni la plantilla de la empresa, ni el volumen, capacidad o carga de trabajo, ni cualquier otro factor diferenciador como bien pudiera ser el de la modalidad de la vinculación del empleador al empleado¹.

¹ Defendiendo la posibilidad de que además de los Planes de igualdad en los términos del art. 64 LOI, se puedan establecer otros Planes de igualdad más específicos ex. Disposición Adicional Octava del EBEP, ver, ALFONSO MELLADO, C.L., en AAVV, *Los aspectos laborales de la Ley de Igualdad*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007. Pág. 153.

No, nada de lo anterior parece ser relevante a efectos de exigir la obligación de negociar Planes de igualdad en la empresa pública. La única distinción que existe dentro de la Corporación Local en este tema tiene que ver con las peculiaridades intrínsecas del propio Plan de Igualdad que se va a adoptar y que se traduce en ciertas peculiaridades del Plan a negociar en la AGE frente al resto de Administraciones, pero no en cuanto a la obligatoriedad o no de su adopción, claramente exigible en todos los casos.

Ahora bien, a efectos de estructurar esta conferencia y esquematizar los aspectos más relevantes de la obligación a la que me refiero, me parece importante abordar los siguientes aspectos:

- 1) La obligación de tener un Plan de Igualdad
- 2) La Corporación Local como empleador obligado. Peculiaridades del Plan de Igualdad
- 3) La normativa en materia de igualdad y no discriminación por razón de género
- 4) Qué es un Plan de Igualdad: rasgos delimitadores del concepto legal
- 5) ¿Cómo se establecen los Planes de igualdad en las Corporaciones Locales?
- 6) ¿Qué etapas hay en la elaboración de un Plan de Igualdad?
- 7) El contenido del Plan de Igualdad: las materias a tratar
- 8) ¿Qué ocurre si, existiendo la obligación, no se negocia un Plan de Igualdad?
- 9) ¿Qué ocurre si se incumplen las medidas establecidas en el Plan de Igualdad?

1.- LA OBLIGACIÓN DE IMPLANTAR UN PLAN DE IGUALDAD

Como he mencionado, es claro que la Corporación Local está obligada a implantar un Plan de Igualdad².

Al respecto importa tener en cuenta que la obligación que contempla el EBEP remite directamente a la Ley Orgánica 3/2007, para garantizar la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI)³, cuya entrada en vigor no sólo ha supuesto la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de la Directivas Europeas 2002/76 y 73/207, sino que además nos ha dotado de una norma exclusivamente referida a la igualdad de género, que hasta ahora no existía.

Según la LOI, además, la prohibición de discriminación deja de ser en exclusiva el mandato previsto para los empleadores como manifestación prohibida del trato desigual, y pasa a conformar, junto con el mandato de la igualdad real, un objetivo a alcanzar imperativamente. Se pasa, así, de una tutela reactiva basada en la sanción que comporta el incumplimiento de la prohibición de discriminación, a una tutela mixta, más proactiva, en la que las sanciones ante el incumplimiento del mandato de no discriminar se conjugan con la necesidad de accionar cuanto se reputa necesario en aras de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres.

La obligación de negociar Planes de igualdad constituye una de las más importantes apuestas de la LOI en ese sentido, esto es, con el fin de alcanzar esa igualdad real entre mujeres y hombres en las relaciones laborales. Por eso, la LOI obliga a negociar y acordar esos Planes de igualdad.

Obligación que, por otra parte, alcanza al empleador privado -cuando se dan ciertos requisitos- y las Administraciones Públicas, siempre y sin distinción⁴.

Con todo, repárese que me estoy refiriendo a la Administración como empresario y no como ente público responsable de concienciar socialmente a propósito de lo necesaria y beneficiosa que es la

² ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de igualdad en la Administración Pública*. Bomarzo. Albacete, 2007.

³ BOE de 23 de marzo de 2007.

⁴ Un estudio más completo al respecto del Plan de Igualdad en la empresa privada puede verse en FABREGAT MONFORT, G., *Los Planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007.

igualdad. La diferencia es importante porque, en lo que aquí afecta, si la Corporación Local decide implantar un Plan desde esta última perspectiva, es competente para ello. Pero el Plan que así se estipule no será un Plan de los impuestos por el EBEP y la LOI, que únicamente refieren la imposición desde la perspectiva de los derechos y obligaciones que tienen aquellos cuya prestación "laboral" se realiza en y para la Corporación Local. Solo desde la perspectiva del empleador, la Administración está obligada legalmente a tener un Plan de Igualdad ex. LOI y EBEP.

2.- LA CORPORACIÓN LOCAL COMO EMPLEADOR OBLIGADO: PECULIARIDADES DEL PLAN DE IGUALDAD

El Plan de Igualdad que la Administración adopte desde la perspectiva de empleador mencionada, vinculará a todo el personal que le presta servicios en régimen de ajenidad, con independencia de que la materialización del vínculo se haya realizado mediante un contrato laboral, administrativo o funcional.

En efecto, debe tenerse en cuenta que en la Administración coexiste o puede coexistir un triple personal⁵:

- 1) En primer lugar, personal laboral, al que se le aplican las disposiciones generales previstas por la legislación laboral y por la legislación propia del régimen general de seguridad social al que están acogidos.
- 2) Asimismo, en segundo lugar, personal administrativo, normalmente personal funcionario pero que se acoge al régimen general de seguridad social, como ocurre con numeroso personal de las Administraciones locales y autonómicas.
- 3) Y en tercer lugar, personal funcionario: sujeto al régimen de clases pasivas, al que resultan de plena aplicación las disposiciones específicas previstas en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Pues bien, el Plan que se implante debe prever, como se dirá, las peculiaridades de cada uno de estos colectivos y aplicarse a todo el personal con independencia de la especificidad de cada tipo de vinculación.

Ahora bien, ello significa que la Administración en cuestión tendrá competencias para poder negociar y abordar las cuestiones que impone la elaboración del Plan de Igualdad. Lo que, a su vez, comporta aceptar la derogación tacita de ciertos aspectos de la normativa que rige la negociación en la función pública ex. Disposición Adicional EBEP.

En efecto, al reconocer estas competencias en las Administraciones Locales se plantea un problema adicional derivado de la no derogación expresa del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (en adelante, TRRL).

De hecho, ante la ausencia de derogación expresa, dos han sido las posiciones doctrinales al respecto de la competencia de la Corporación Local para pactar el régimen jurídico aplicable en materia de recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas: de un lado, se ha defendido la incompetencia de las Administraciones a estos efectos, al entender que la falta de derogación expresa del citado TRRL les impide, en aplicación del art. 142 TRRL, tanto introducir permisos o licencias nuevas como ampliar las vacaciones o regularlas en términos distintos de los fijados por la Comunidad Autónoma, o en su defecto, por el Estado. Aunque lo anterior no obsta que sí se

⁵ Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., en AAVV, *Los aspectos laborales...*, cit.

pueda a nivel de Corporación Local pactarse todo lo relacionado con las fechas y forma de disfrute de las vacaciones.

Desde otra interpretación, sin embargo, aunque se parte de la ausencia de una formal derogación expresa del art. 142 TRRL, se plantea la posible derogación material de este precepto y del art. 93 y 94 Ley 7/1985-reguladora de las bases de régimen local-, por contravenir otras disposiciones del EBEP en virtud de lo dispuesto en la letra g) de su Disposición derogatoria, proponiéndose el respeto al derecho de negociación colectiva como solución consecuente con la opción que se realiza desde el EBEP. Aunque ello suponga reconsiderar las construcciones doctrinales acerca de las limitaciones de negociación en el ámbito local y de la imperatividad extrema de las normas que regulan las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

Pues bien, por mi parte, creo que es esa última consideración doctrinal la que debe prosperar. Máxime teniendo en cuenta que, por lo que aquí afecta, esta última opción doctrinal encuentra otro refuerzo más en el EBEP, que tiene que ver con la LOI, al exigirse ex. D.A.8ª EBEP, que toda Administración cuente con su propio Plan de Igualdad en los términos que regula la LOI.

En ese sentido, cabría entender que sí se ha producido esa derogación material del art. 142 TRRL y de los arts. 93 y 94 Ley 7/1985.

En efecto, desde el momento en que según D.A.8ª EBEP toda Administración debe implantar un Plan de Igualdad en su propio ámbito, queda claro que el Plan de Igualdad debe acercarse en contenido a todo cuanto sea necesario para garantizar la igualdad real entre hombres y mujeres en el ámbito de la concreta empresa en el que se ha negociado.

De donde sigue que, si toda Corporación Local debe implantar un Plan de Igualdad en su ámbito, es porque toda Corporación Local también debe poder negociar medidas que afecten a permisos, licencias, vacaciones, jornada, etc., puesto que por definición legal, ex. art.-46.1 LOI-, el Plan de Igualdad estará constituido por todas las medidas que sean necesarias para respetar fehacientemente una obligada igualdad real entre hombres y mujeres en su ámbito de aplicación.

Queda claro, pues, que las medidas señaladas son susceptibles de ser consensuadas por las Administraciones Públicas, incluyendo, según creo y por lo expuesto, el caso de la Corporación Local, que entiendo que también las podrá negociar.

Y ello porque, insisto, la obligación de implantar el Plan de Igualdad que contiene el EBEP vincula a todas las Administraciones y se contempla mediante una remisión a la LOI, con la única distinción dentro de la Corporación Local en lo que se refiere a peculiaridades intrínsecas del propio Plan de Igualdad que se va a adoptar⁶, pues si bien a todas las Administraciones Públicas les resultará vinculante la definición de Plan de Igualdad del art. 46 LOI, en el caso de la AGE se deben realizar algunos ajustes ex. 64 LOI⁷.

Es decir, que cualquier concreción del Plan de Igualdad exige siempre y en todo caso centrarse en los arts. 45 y 46 LOI y, cuando proceda, y solo a efectos de la AGE y organismos públicos vinculados o dependientes de ella, integrar cuanto dicen estos preceptos con lo previsto en el art. 64 LOI⁸. Pero, en cualquier caso, y dado el foro en el que me encuentro no me voy a centrar en la AGE sino en la Corporación Local y, en ese sentido, al Plan que diseña con carácter general la LOI.

⁶ De hecho, dice bien claro que “Las Administraciones Públicas deberán elaborar y aplicar un Plan de Igualdad...”.

⁷ 1) el sujeto obligado a elaborar ese Plan de Igualdad para la AGE es el Gobierno de la nación; 2) será un Plan que se realizará al inicio de cada legislatura; 3) además resultará de aplicación tanto a toda la AGE como a los organismos de ella dependientes.

⁸ Un estudio más detallado al respecto puede verse en ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de igualdad en la Administración Pública*. Bomarzo. Albacete, 2007. Págs. 15-21.

3.- LA NORMATIVA EN MATERIA DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO

La LOI, como se sabe, es la norma que se refiere íntegramente a la igualdad entre mujeres y hombres y lo hace, además, desde una perspectiva transversal.

No obstante, hay una cuestión que debe tenerse en cuenta para evitar cualquier confusión, cual es que la garantía de la igualdad como obligación no nace de la LOI

En efecto, el marco normativo es muy anterior. Y en un pasado más reciente debe fijar su punto de partida en la C.E.

La C.E., con carácter general, y por lo que aquí interesa, establece la obligación de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres en los arts. 14 C.E. y 9.2. C.E.

El art. 103.3 C.E. se refiere al acceso a la función pública de acuerdo con los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Y sin pretender hacer una enumeración a modo de listado, también se refiere la misma obligación de igualdad real en otros muchos preceptos del E.T.⁹ y del EBEP¹⁰.

Pero lo importante, además, no es sólo lo que se establece a nivel normativo, sino la interpretación que el reconocimiento constitucional a la igualdad (ex. art. 14 y 9.2.) ha tenido en los tribunales.

En efecto, según la doctrina interpretativa del T.C. tras la STC 128/1987, que marca un punto de inflexión en esta materia, en el art. 14 C.E. cabe diferenciar dos mandatos: el del primer inciso, referido a la igualdad formal; y el del segundo inciso que, por su parte, se refiere a la prohibición de discriminación. La base de este segundo aspecto encuentra, a su vez, íntima conexión con el art. 9.2. C.E. referente a la igualdad material. De donde sigue que como esa igualdad material debe predominar sobre la formal, la paridad de trato que exige la igualdad formal acepta excepciones cuando la finalidad de ese trato “no-paritario” es alcanzar la igualdad material entre aquellos que no están equiparados.

La situación de la mujer no está equiparada todavía a la del hombre, incluyéndose en esa no equiparación, desde luego, lo referente a su situación en el ámbito laboral.

De hecho, tras la revolución industrial y el advenimiento del capitalismo se asienta la denominada teoría de la domesticidad, según la cual a los hombres les corresponden las tareas productivas y a las mujeres las reproductivas. Se genera así una división “social” de roles según el sexo, cuyos efectos aún son apreciables.

En efecto, las distintas estadísticas que se realizan al respecto de la relación entre mujer y mercado de trabajo ponen de relieve la existencia de una división sexual del trabajo, una

⁹ arts. 4, 11, 17, 22, 24, 28, 53, 55, 85, etc. (tb. 61 y ss. representantes de los trabajadores).

¹⁰ Exposición de motivos, ratifica la necesidad de la existencia de los principios de igualdad, mérito y capacidad y por eso la necesidad de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso, promoción, etc.

- art. 1.- Objeto de la ley, entre otros, igualdad de trato entre hombres y mujeres.
- art. 14- Derechos básicos: a no ser discriminados, ni ver atentada su dignidad, lo que incluye el derecho a no sufrir acoso.
- arts. 60 y 61, Procedimientos objetivos son los que tienen que determinar la objetividad en el acceso al empleo- proceso de selección (objetividad sin referirse expresamente a la igualdad de sexo pero se supone).
- arts. 95, Falta disciplinaria, discriminar, por razón, entre otras cosas de selección.
- art. 82.- Violencia de género, movilidad.
- Disposición adicional 8 EBEP, Planes de igualdad.

segregación del mercado de trabajo por razón de género. Y esa segregación se manifiesta tanto desde una perspectiva horizontal como vertical.

Desde una perspectiva horizontal, además, la división del mercado de trabajo presenta a su vez una doble manifestación:

- de un lado, se manifiesta en la existencia de ciertos sectores de actividad que se presumen claramente masculinos y en los que la presencia de las mujeres es ciertamente escasa, cuando no inexistente, frente a otros claramente femeninos o “feminizados” en los que la presencia de las mujeres es cuantiosa;
- de otro lado, y como segunda manifestación de esta segregación horizontal del mercado de trabajo, hay que subrayar asimismo que la precariedad en la contratación afecta cuantitativamente hablando, a más mujeres que hombres. Los contratos a tiempo parcial, los fijos discontinuos y, en general, los contratos temporales, afectan de forma más contundente al género femenino que al masculino.

En lo referente al otro tipo de segregación laboral referida, la vertical, ésta se manifiesta en una escasa presencia de las mujeres en los puestos más elevados del escalafón empresarial, en los puestos de la cúspide de la pirámide empresarial. La ausencia de mujeres en esos puestos es tal, que esa segregación vertical se considera causa y efecto a la vez, del denominado “techo de cristal” que, en palabras de la OIT, podría definirse como “la existencia de obstáculos artificiales e invisibles, pero existentes, que siendo consecuencia de la tradición y prejuicios sociales dificultan e impiden que la mujer acceda a esos puestos de mayor responsabilidad”¹¹.

Y eso igual si hablamos de empresa privada como pública.

En ese sentido, y como esa equiparación no se ha producido, la existencia de medidas que pueden diferenciar, como puede ser el Plan de Igualdad, son plenamente ajustadas a derecho.

Si acaso lo que deberíamos plantearnos son las razones que pueden explicar que la realidad sea la que es, máxime cuando en la empresa pública se accede ex. art. 103 C.E. en base a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

Los motivos, a decir verdad, son muchos. Y si bien una disertación exhaustiva de los mismos no me permitiría avanzar con la conferencia, y por eso no la voy a hacer, sí que creo importante resaltar a ese respecto que si bien las razones que explican que la situación de la mujer siga siendo la de un colectivo discriminado son múltiples y diversas (tradición y costumbre social -trabajos propios de hombres frente a otros típicamente femeninos-, los criterios que determinan como puntuables para acceder a ciertos puestos, etc.) , junto a todos los criterios determinantes de la conducta constitutiva de discriminación, algo tiene que ver también la sanción ante la conducta incumplidora.

Y es en ese punto donde radica la importancia de la LOI y el Plan de Igualdad.

Y es ahí donde radica la relevancia o importancia, porque con la LOI se pasa de una tutela sancionadora, a posteriori, cuando la discriminación se ha producido y se ha podido demostrar; a la tutela actual: previa, reactiva, preventiva y que impone la necesidad de respetar la igualdad entre mujeres y hombres antes de que se produzca la discriminación.

¹¹ OIT *El acceso de las mujeres a los puestos de dirección*. Informe para el debate de la Reunión Tripartita sobre el acceso de las mujeres a los puestos de dirección. Ginebra. O.I.T., 1997.

Y en ese respeto a priori de la igualdad real entre mujeres y hombres es donde sitúa la obligación de negociar un Plan de Igualdad como medida prevista para erradicar las discriminaciones existentes y garantizar la igualdad material y real en la prestación de servicios.

4.- QUÉ ES EL PLAN DE IGUALDAD: RASGOS DELIMITADORES DEL CONCEPTO LEGAL

La definición del Plan de Igualdad se realiza en el art. 46 de la LOI que, bajo la rúbrica de concepto y contenido de los Planes de igualdad de las empresas, viene a definirlos como el “conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo; los Planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”.

En ese sentido, y desde una interpretación integral del precepto con el resto del ordenamiento referente a la igualdad entre mujeres y hombres, cabe resaltar que los rasgos o cualidades que deben caracterizar al Plan de Igualdad son las siguientes:

1.- Conjunto ordenado de medidas: Al definirse, ex. art. 46 LOI, el Plan de Igualdad como conjunto ordenado de medidas, lo que se nos está diciendo es que el Plan de Igualdad, en sí mismo, exige una integración, una unidad. El Plan es un todo, con coherencia interna.

2.- Adoptadas tras realizar un diagnóstico de la situación: Al condicionar las medidas que conforman el Plan de Igualdad a la existencia de una previa evaluación de la realidad, a la realización de un previo diagnóstico de situación, la LOI incide en la idea de que el Plan de Igualdad no puede ser entendido como algo autónomo o independiente de la realidad a la que se va a aplicar, sino antes al contrario: deje ajustarse a ésta.

Es decir, es consecuencia y efecto de esa realidad para la que se va a adoptar, puesto que el conjunto de medidas que lo conforman debe adoptarse desde una perspectiva lo más ajustada posible a la situación reflejada en el diagnóstico de situación, a las discriminaciones existentes en la vida real de la empresa y a sus concretas características.

3.- Tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo: Ese conjunto ordenado de medidas que, tras realizar un diagnóstico de situación, se adoptará bajo la forma de Plan de Igualdad, deberá adoptarse con un objetivo en concreto: erradicar las discriminaciones existentes en su ámbito de actuación con el fin de alcanzar la igualdad real entre mujeres y hombres.

4.- Se deberá adoptar de forma colectiva: negociar y, en su caso, acordar, con los representantes de los trabajadores en los términos fijados en la legislación legal vigente. O, en cualquier caso, ser materia a consultar a los representantes de los trabajadores. Es decir, que el Plan de Igualdad, para serlo, debe ser producto de una negociación entre los que mejor conocen la realidad de la empresa: los trabajadores y los empresarios o sus representantes. En ese sentido es en el que se hay que interpretar la referencia que la LOI hace al hecho de que el Plan de Igualdad necesariamente debe contemplarse en un instrumento jurídico colectivo (convenio o pacto de empresa), según legislación vigente. Entre otras cosas, además, porque hacerlo de forma individual carecería totalmente de sentido ante las características internas del Plan de Igualdad.

5.- ¿CÓMO SE ESTABLECEN LOS PLANES DE IGUALDAD EN LAS CORPORACIONES LOCALES?

En principio, parece claro que los Planes de igualdad en las diferentes Corporaciones Locales no pueden ser objeto de regulación e implantación unilateral por estas, sino que deben ser objeto de negociación colectiva.¹²

La Disposición Adicional Octava del EBEP alude a que el Plan se desarrollará en el “convenio colectivo o acuerdo de condiciones de trabajo del personal funcionario”. Por lo tanto se desarrolla en instrumentos negociales.

Ahora bien, determinar el instrumento concreto en el que el Plan debe negociarse plantea algún problema que debe analizarse.

Aparentemente el EBEP remite a una negociación separada, en el convenio de laborales o en el acuerdo de personal funcionario.

Sin duda no es imposible negociar por separado Planes de igualdad para estos dos colectivos, laborales y funcionarios, en cuyo caso la negociación se abordaría en las mesas específicas que al efecto se constituyen (art. 88 del Estatuto de los Trabajadores para los laborales – comisión negociadora-, art. 34 del EBEP para el personal funcionario – mesa de negociación -).

Si así se decide, así será, y ésta es evidentemente una materia en la que las partes negociadoras deben ponerse de acuerdo

Lo que ocurre es que esta materia es precisamente una de las que más claramente puede ser objeto de negociación conjunta y por tanto su ámbito más natural sería el de las Mesas Generales de Negociación previstas en el artículo 36 EBEP, afectando en consecuencia dicha negociación en conjunto al personal laboral y al personal funcionario de cada organismo.

No puede entenderse que la posibilidad esté excluida por el EBEP, pues es incluso la que escoge la LOI cuando establece la existencia de un Plan de Igualdad en la AGE, tal como se verá posteriormente.

Por eso, el Plan de Igualdad puede negociarse: o en las mesas generales con aplicación conjunta para personal laboral y funcionario, lo que no excluye que alguna medida de las contenidas en ese Plan vaya dirigida específicamente a uno de estos colectivos; o en las mesas específicas de negociación de laborales y personal funcional (comisión negociadora y mesa de negociación), contándose entonces con dos instrumentos negociales a aplicar de modo diferenciado a cada uno de estos colectivos, a cada uno el suyo.

La existencia de dos instrumentos a aplicar en el mismo ámbito, con medidas diferentes simplemente en atención a la naturaleza del vínculo no parece la mejor solución. El ámbito natural de negociación de los Planes de igualdad es el de las mesas de negociación generales, conjuntas.

Una vez negociado y, en su caso, ratificado, pues normalmente se tratará de un Acuerdo, el Plan tiene la eficacia que le es propia, en su caso como convenio y como Acuerdo, vincula a las partes durante el plazo fijado e impide la posibilidad de actuación unilateral, la capacidad de reglamentación sobre la materia, de la Administración negociadora.

Dos cuestiones adicionales aparecen en cuanto a la negociación de los Planes de igualdad.

La primera es la posibilidad de negociaciones articuladas a las que ya he hecho referencia. En efecto, sobre todo en ámbitos amplios, es bueno que se permitan negociaciones en ámbitos inferiores o mecanismos de adaptación del Plan general a ámbitos más concretos. Al respecto

¹² Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G. *Los Planes de igualdad*, cit.

habrá que estar a cuanto se negocie en los propios Planes, pero por ejemplo dos posibilidades aparecen con claridad.

Una, la de la negociación en las mesas sectoriales previstas en el art. 34. 4 EBEP. Si éstas existen, parece lógico que en ellas se negocie, en su caso, el Plan de Igualdad en ese específico ámbito sectorial, en todo caso articuladamente con el Plan que en la mesa general se negocie.

Otra posibilidad es que aunque el Plan se negocie en una mesa general conjunta, nada impide que la misma realice remisiones en determinadas materias o permite desarrollar y concretar más lo negociado en conjunto, en las mesas de negociación diferenciadas de personal laboral y de personal funcionario. Esas remisiones son posibles y pueden ser útiles.

Lo que si debe tenerse en cuenta es que no está previsto que el Plan de Igualdad se negocie al margen de las mesas de negociación y, por tanto, en el ámbito conjunto y en el funcional no cabe la negociación con las Juntas y delegados de personal, sino que estamos ante una negociación sindicalizada.

Sólo en las Administraciones de estructura simple y que negocien en el específico ámbito del personal laboral es posible que esa negociación se asuma por los delegados o el comité de empresa, pero ésta es una posibilidad residual, pues incluso en el ámbito exclusivo del personal laboral, las Corporaciones Locales de estructura compleja, con varios centros de trabajo y diversos delegados o comités de empresa, deben negociar conforme a las reglas supraempresariales, como si de un grupo de empresas se tratase, estando en consecuencia legitimadas exclusivamente las organizaciones sindicales, en los términos de los artículos 6 y 7 LOLS (sindicatos más representativos estatales, de comunidad autónoma y aquellos otros que, sin serlo, hayan obtenido al menos el 10% de representatividad en el ámbito específico en el que se produce la negociación).

Otro problema que debe analizarse es el del posible fracaso de la negociación¹³.

Es claro que la obligación de negociar el Plan no exige necesariamente que se llegue a un resultado positivo, a un acuerdo en esa negociación.

En todo caso si fracasa la negociación, la Administración sigue obligada a aplicar un Plan de Igualdad, y por tanto deberá implantarlo unilateralmente, sujeto a que posteriormente se vuelvan a abrir negociación y debiendo tenerse en cuenta, cuanto en el propio EBEP se prevé para el caso de fracaso de las negociaciones, siendo exigible que, en primer lugar, se agoten las posibilidades que ofrezcan los sistemas de solución extrajudicial que puedan resultar aplicables a esa Administración. Si, después de esos trámites, persiste el desacuerdo, procederá el establecimiento unilateral por la Administración del Plan de Igualdad (artículo 38.7 EBEP).

Un problema adicional es determinar el momento a partir del que las Corporaciones Locales están obligadas a esta negociación de los Planes de igualdad, pues la LOI lo concreta en el ámbito privado, pero ni ella ni el EBEP establecen normas expresas en el ámbito público.

En ese sentido, en la medida que la obligación está vigente y que cabría una cierta analogía con lo dispuesto para las empresas privadas, parece que la obligación debe abordarse en la primera negociación que se produzca tras el EBEP y en la AGE al inicio de cada legislatura.

En todo caso, al no fijar la norma un plazo concreto, éste puede ser, también, un tema de acuerdo porque la negociación requiere un previo diagnóstico de la situación que puede llevar un cierto tiempo.

¹³ ALFONSO MELLADO, C.L., en AAVV, *Los aspectos laborales...*, cit.

Finalmente cabe apuntar que la conclusión defendida se ve refrendada por la regulación ex. art. 64 LOI de que en el ámbito de la AGE de que la negociación debe producirse en las mesas conjuntas parece más clara, pues el artículo 64 LOI alude a un único Plan de Igualdad que, por lo tanto, será aplicable a ambos colectivos y debe ser objeto de negociación conjunta con ambos, sin perjuicio, por supuesto de que una posible articulación comercial remitiese ciertos temas a las mesas de negociación separadas, de personal laboral y de personal funcionario, para que en ellas se negociasen esos concretos temas por separado, como también, en su caso, podrían hacerse remisiones a las posibles mesas sectoriales que existiesen.

6.- ¿QUÉ ETAPAS HAY EN LA ELABORACIÓN DE UN PLAN DE IGUALDAD?

Sea cual sea el motivo que determine la existencia de un Plan de Igualdad, y con independencia asimismo de quien los negocie, lo cierto es que aquellas medidas que se adopten con esta denominación deben poder identificarse como tal Plan de Igualdad. Y para que sea así, no solamente es necesario que se cumpla con todo cuanto aquí hemos expuesto anteriormente como requisitos identificadores de todo Plan de Igualdad, sino que además, hay que tener en cuenta que, precisamente, en cumplimiento de uno de esos requisitos, el de su adecuabilidad a la realidad de cada Administración, la elaboración de todo Plan de Igualdad exige tener en cuenta una serie de fases o pasos a seguir.

En este sentido, a falta de reglas diferenciadas en el ámbito de las Corporaciones Locales, puede estarse a las reglas de aplicación en el ámbito privado y a las escasas previsiones específicas que para el ámbito de la AGE hace la LOI.

Según el art. 46.1. LOI, la elaboración de todo Plan de Igualdad debe ir precedida de la fase del diagnóstico de la realidad y, tras este examen o diagnóstico abordar tres cuestiones: la concreción de los objetivos a alcanzar; las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución; y el establecimiento de los sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Aunque no exactamente con las mismas palabras, la idea se ratifica en el art. 64 LOI, para el Plan de Igualdad que se adopte por la AGE y los organismos públicos que dependan de ella, aunque con la peculiaridad de hacer recaer sobre el Consejo de Ministros la evaluación del cumplimiento del Plan de Igualdad, el control y seguimiento, lo que, como razonaremos, no excluye que existan otros órganos de seguimiento pactados en el propio Plan.

Con lo anterior, distingamos, pues, 1º) entre el momento previo a la adopción del Plan de Igualdad: el del diagnóstico de la situación; 2º) y el momento de su concreta previsión o su diseño en concreto, en el que se distinguirán esos tres momentos: a) de fijación de objetivos; b) estrategias y prácticas; c) procedimientos de seguimiento¹⁴.

1º) El momento previo: el diagnóstico de situación

Al respecto de esta actividad previa y determinante a la concreción de las medidas que conformaran en concreto un Plan de Igualdad específico, es importante tener en cuenta que pese a que el art. 64 LOI no hace referencia al diagnóstico de situación para la AGE, la obligatoriedad del diagnóstico de situación como paso previo de todo Plan de Igualdad en las Corporaciones Locales parece estar clara según se deduce de los arts. 45 y 46 LOI y debe aplicarse analógicamente, puesto que esos preceptos delimitan que la negociación del Plan de Igualdad exigirá que, de forma previa a su diseño, se realice una evaluación del estado real de la cuestión para, con posterioridad,

¹⁴ Cfr. FABREGAT MONFORT, G., *Los Planes de Igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007. Págs. 39 y ss.

concretar como se va a garantizar en el ámbito de aplicación del convenio, que el sexo de las trabajadoras no sea perjudicialmente determinante en su relación laboral.

Así, por lo tanto, lo primero: diagnóstico de la situación.

De hecho, en lo que afecta a la elaboración y diseño del Plan de Igualdad, en lo que tiene que ver con la concreción de las medidas en aras de erradicar la discriminación, las peculiaridades en la manifestación de esa igualdad son importantes. No es lo mismo que la discriminación, por ejemplo, se traduzca en una inexistencia total de mujeres en la Plantilla, como que lo haga con una existencia “segmentada” de esas mujeres en ámbitos de actividad concretos (por ejemplo: sólo en tareas administrativas); o que la contratación de éstas se realice en condiciones más precarias que la de los hombres (por ejemplo sólo en los grupos y niveles inferiores, etc.)

Establecida cual es la concreta situación de la mujer en el ámbito en concreto en el que nos encontremos, es decir, realizado el diagnóstico de la situación como una evaluación de la realidad, se diseñara el Plan de Igualdad que deberá ajustarse a la realidad mostrada en ese diagnóstico o examen de la realidad.

Ahora bien, cuando se realiza el diagnóstico de la situación hay que tener claro que el concepto de discriminación que hay que evaluar y manejar es, en esencia, un concepto complejo, en el que se tendrán en cuenta las discriminaciones directas, las discriminaciones indirectas y la posible pervivencia de la discriminación social.

Por **discriminación directa** hay que entender aquellos tratamientos diferenciadores y perjudiciales hacia un colectivo o adoptados hacia una persona por el simple hecho de su pertenencia a un determinado colectivo.

Por su parte, constituyen una **discriminación indirecta**, todas aquellas actuaciones que, pese a su aparente neutralidad, generan un efecto adverso sobre los miembros de un determinado colectivo sin justificación razonable. Siendo irrelevante, a tal efecto, la *intencionalidad* con la que se hayan adoptado. Es decir, lo que verdaderamente determina la calificación de una situación como discriminatoria, desde su vertiente indirecta, no es si el acto, comportamiento o actuación, se ha tomado o no con intención de discriminar; lo trascendente es su resultado discriminatorio, el perjuicio o trato de desfavor que se causa al adoptar el acto, y que es susceptible de traducirse en la privación del goce, ejercicio o reconocimiento de derechos.

La delimitación de ambos tipos de discriminación es importantísima en la práctica, y en el momento de analizar la realidad existente y apreciar si concurre o no la conducta discriminatoria, hay que tener en cuenta las diferencias entre una y otra manifestación de discriminación.

De hecho, como conclusión de todo lo anterior, debe retenerse que estos conceptos de discriminación directa, indirecta, y social deben manejarse con soltura a la hora de realizar el diagnóstico de la realidad. De los resultados del diagnóstico depende que el Plan se fije unos objetivos y estrategias u otros distintos.

Por poner un ejemplo: entender que la segregación vertical existente en una empresa –pública o privada-, es decir, el hecho de que no existan mujeres entre los altos cargos, no es constitutivo de discriminación por desconocer el concepto de discriminación social y únicamente considerar la discriminación desde la perspectiva de la discriminación directa, indirecta o incluso desde ambas perspectivas, puede tener como efecto perjudicial más inmediato que el Plan de Igualdad no articule medidas para acabar con el hecho de que sólo los hombres alcanzan los puestos más elevados del escalafón empresarial.

Y los mismos efectos perjudiciales pueden generarse en cualquier otro supuesto similar.

En este sentido, las medidas que la LOI introduce en el ámbito de la AGE dan pistas sobre aspectos en los que pueden existir discriminaciones indirectas o sobre como detectar posibles discriminaciones sociales que están impactando en el ámbito del empleo en las Administraciones.

Por ejemplo, en los procesos de selección, pese a su aparente objetividad pueden estar utilizándose criterios que conduzcan a discriminaciones indirectas o que perpetúen discriminaciones sociales; por poner ejemplos, la propia composición de los órganos de selección, tradicionalmente masculinizada, aunque ahora la LOI y el EBEP intentan acabar con esta situación, puede haber estado motivando que ciertos criterios o que las entrevistas se hayan estado valorando en forma sexista.

Puede ser, también, que deba estudiarse quien utiliza las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, pues si el predominio en su uso aparece como claramente feminizado, sin duda habrá que adoptar medidas que estimulen un cambio de los roles sociales consolidados por muchos años de tradición, etc.

Por tanto, diagnóstico y evaluación de la discriminación que pueda existir en la realidad concreta, desde la triple perspectiva de la discriminación: directa, indirecta, e incluso apreciando los posibles efectos de la discriminación social.

2º) El diseño del Plan de Igualdad: determinación de los objetivos, de las prácticas y del seguimiento

Pero, como decía, tras la evaluación de la realidad, y en atención a los concretos resultados que ésta arroje, deberá diseñarse el Plan de Igualdad. En el mismo debe poder distinguirse, según el art. 46.1. -segundo párrafo- LOI:

1º) los objetivos a alcanzar en aras de garantizar que la igualdad sea real.

2º) las estrategias y medidas necesarias para lograr los objetivos que se hayan podido señalar, lo que la LOI denomina “estrategias y prácticas a adoptar”.

3º) y un sistema eficaz de seguimiento y evaluación de los objetivos a conseguir, así como de la viabilidad de los mecanismos adoptados para cumplir con esos objetivos.

Veámoslo con un poco más de detalle

1º) los objetivos a alcanzar en aras de garantizar que la igualdad sea real:

Lo primero que debe concretarse en atención a los resultados que demuestre el diagnóstico de la realidad son los objetivos que deben trazarse en aras de garantizar la verdadera igualdad de oportunidades o una igualdad de trato real y material.

Los objetivos determinan los “deberes” que han de llevarse a cabo, en un concreto ámbito de actuación, para que la igualdad sea efectiva. Los objetivos determinarán qué es lo que debe cambiarse de la realidad, y en qué sentido, para erradicar la discriminación y garantizar la ansiada igualdad real, por ello dependen tanto de los resultados reflejados en el diagnóstico de situación

Lo importante de la fijación de los objetivos es, por tanto, que resulte lo más ajustada posible a la discriminación a erradicar según ésta se muestre en el diagnóstico de situación, para poder alcanzar así la igualdad real.

2º) Las estrategias y medidas a adoptar:

Las estrategias y medidas a adoptar en el Plan de Igualdad, por su parte, no son otra cosa que el conjunto de prácticas que deben contemplarse en el propio Plan de Igualdad en aras de lograr los objetivos establecidos y lograr en ese sentido la igualdad de trato y de oportunidades desde una perspectiva material y no sólo formal.

Deben ser, pues, necesarias y adecuadas a los objetivos a alcanzar, que, a su vez, y como he dicho, deberán ajustarse a los resultados arrojados en el diagnóstico de situación.

Pues bien, teniendo en cuenta que el contenido de estas medidas se aborda en el apartado siguiente, en el sentido de estudiar las condiciones o materias relacionadas con el trabajo que pueden conformar el Plan de Igualdad, me interesa aquí incidir en una cuestión siempre polémica desde el punto de vista social: la posibilidad de que el Plan de Igualdad incluya medidas de acción positiva como estrategia o práctica a adoptar.

La posibilidad existe.

Además la LOI parece permitirlo claramente¹⁵.

En efecto, no sólo se admiten en general en el art. 11 LOI, asumiendo que pueden ser establecidas tanto por los poderes públicos, como por las personas físicas y jurídicas privadas, sino que incluso en materia de empleo público se establece alguna medida en la LOI que se califica directamente de acción positiva, como por ejemplo las relativas a la formación contempladas en el artículo 60 LOI.

Pero además es claro que la negociación colectiva es vía idónea para establecer estas medidas y que, por lo tanto, pueden aparecer en los Planes de igualdad. De hecho, en el art. 43 LOI y en relación con el ámbito laboral, bajo el título de “promoción de la igualdad en la negociación colectiva” se nos dice que: “de acuerdo con lo establecido legalmente, mediante la negociación colectiva se podrán establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”.

Pues bien, esa remisión a lo que legalmente se establezca, parece referirse a la definición contenida en el art. 11 citado y a los Planes de igualdad que la propia Ley regula en los preceptos que le siguen a este art. 43 LOI. Máxime ante la concurrencia de dos hechos: 1º) que el Plan de Igualdad en la fase referida a las estrategias debe contener todo lo legalmente necesario para alcanzar los objetivos definidos y que la igualdad sea real; y 2º) porque teniendo en cuenta que el Plan de Igualdad es de contornos más amplios y genéricos que las acciones positivas, me parece que éstas bien pueden ser parte de aquél, siempre y cuando se den todos los requisitos a los que el T.C. de forma directa o indirecta ha condicionado la legalidad de estas medidas de acción positiva y que básicamente supone tener en cuenta lo siguiente a la hora de concretarlas:

1º) que deben tener por finalidad la erradicación de la discriminación desde una perspectiva grupal: es decir, ir dirigidas a eliminar la discriminación que en un momento puntual sufre un colectivo y no una persona en concreto.

2º) que deben respetar el criterio de la adecuabilidad e idoneidad: es decir, deben ajustarse al fin a alcanzar y en ese sentido ser adecuadas e idóneas en aras de lograrlo.

3º) que no podrán contradecir los principios de mérito y capacidad de acceso a la función pública ex. art. 23 C.E.

4º) que deben responder a un fin promocional

5º) que deben tener un carácter temporal

¹⁵ La posibilidad jurídica ya existía de forma previa a la entrada en vigor de la LOI, aunque su negociación no era habitual. Aún así, sin Plan de Igualdad sí contemplaron medidas de acción positiva, entre otros y por poner un ejemplo, los responsables del GRUPO REPSOL YPF al suscribir con los sindicatos CCOO y UGT, el Acuerdo para el Plan de Igualdad en el Grupo REPSOL YPF, con fecha de 17 de julio del 2005.

6º) que deben ser razonables y proporcionales, esto es, tener por objeto única y exclusivamente la erradicación de la discriminación (y la obtención de la igualdad sustancial) de un colectivo que haya sido objeto de discriminación social. Y adoptarse cuantitativa y cualitativamente hablando de forma ajustada a ese fin, a la obtención de la igualdad sustancial en un concreto ámbito de actividad que, por lo general, será el de la empresa, aunque puede ser parte de ésta.

Lo importante es que la realidad demuestre una discriminación y que las medidas de acción positiva se adopten en aras de erradicarla y en un número y en una manifestación (cuotas o metas) proporcional al fin a alcanzar.

Cuando concorra lo anterior, las acciones positivas cumplirán con los requisitos del T.C. y de la LOI y podrán formar parte de las estrategias y medidas del Plan de Igualdad. Aunque para ello será necesario además que así lo justifique la realidad que muestra el diagnóstico de su concreto ámbito de aplicación y que se ajusten, en cualquier caso y en número y materia, a los concretos objetivos a alcanzar que fije el específico Plan de Igualdad que las contemple.

En conclusión de todo ello, por tanto, podemos resaltar que con independencia de que las medidas de acción positiva se incluyan o no en el Plan de Igualdad, lo que sí es claro es que de forma coherente con el resultado del diagnóstico de la situación, en el Plan de Igualdad se fijarán unos objetivos. Objetivos, que podrían quedar en nada si su previsión en el Plan no va acompañada de la regulación de las medidas necesarias para que devengan eficaces. Ésta, la de las estrategias, será la segunda fase del Plan de Igualdad, en la que, según el art. 46.2. LOI, y tal y como se estudia en el apartado siguiente referido al contenido, se podrán adoptar medidas referidas a todas las materias relativas a las condiciones de trabajo en sentido amplio.

Es decir, que con independencia de las concretas materias a abordar, por lo que claramente respecta a las estrategias, el Plan tiene que ser, en ese aspecto, contundente, razonable y proporcional a los objetivos que él mismo se ha señalado para lograr alcanzar la igualdad real, en atención al diagnóstico de situación previamente realizado.

3º) Los sistemas de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados en el Plan de Igualdad:

Por lo demás, fijadas las estrategias para asegurar la efectividad del Plan una vez ha sido diseñado, el art. 46 de la LOI se refiere al establecimiento de “sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados” por parte del propio Plan de Igualdad. Sistemas, éstos, cuya previsión puede tener íntima conexión con el art. 47 de la LOI que, bajo la rúbrica de “la transparencia en la implantación del Plan de Igualdad”, contempla el acceso de la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, a la información sobre el contenido de los Planes de igualdad y la consecución de sus objetivos, advirtiéndose que lo establecido en el párrafo anterior se entenderá “sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre los Planes de igualdad por parte de las comisiones paritarias de los convenios a las que éstos atribuyan estas competencias”. Referencias, éstas, que por lo que afecta a las entidades públicas, pueden tomar como ejemplo lo previsto en el art. 64 LOI *in fine* en el sentido de responsabilizar asimismo al Consejo de Ministros de la evaluación del seguimiento del Plan de Igualdad cuando éste se aplique a la AGE o a los organismos públicos dependientes de ella.

En cualquier caso, y en términos generales, al establecer estos sistemas de vigilancia del Plan de Igualdad, parece que la LOI trata de asegurar que el Plan de Igualdad no va a ser ignorado una vez acordado y desde esa perspectiva obliga a realizar un seguimiento y una evaluación de su cumplimiento.

Concretando un poco más cómo puede articularse el control y seguimiento en un Plan de Igualdad en las Corporaciones Locales, en general, la obligación de ese control recae sobre los órganos

específicos que el propio Plan establezca, de conformidad con el art. 46 LOI. En este sentido pueden crearse órganos específicos, o se puede atribuir al respecto competencias a diferentes órganos: representantes unitarios, secciones sindicales, comisión paritaria del convenio, pacto o acuerdo, etc.

En cualquier caso, además, los representantes de los empleados públicos en iguales términos que en la empresa privada tienen competencias de seguimiento de todo lo relativo a la igualdad.

Así, habrá que tener en cuenta que de la regulación del 47 LOI se desprenden a su vez dos posibilidades:

1.1) En efecto, el art. 47 LOI exige que el empresario informe a la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, a los/as trabajadores/as del contenido del Plan de Igualdad.

En el caso de la representación legal de los/as trabajadores/as, el deber de informar del art. 47 LOI, se concreta por la D.A. 11ª, apartado quince, LOI añadiendo un nuevo párrafo 2 al apartado 1.1. del art. 64 E.T., en el sentido de reconocer que tendrán derecho a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un Plan de Igualdad, sobre la aplicación del mismo.”

También cabe hablar del deber de vigilancia que, aunque no está expresamente referido a los Planes de igualdad, es exigible a los representantes de los/as trabajadores/as ex. art. 64.1.9.c.) E.T. (según redacción D.A. 11ª, apartado dieciséis, LOI) en todo lo referido a “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, y por tanto, incluyendo al Plan de Igualdad en caso de haberlo.

Estas disposiciones regirán plenamente en relación con el personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales.

En relación con el personal funcionario, las competencias de los órganos de representación unitarios electivos, se regulan de forma mucho más escueta en el EBEP, en atención a su carácter de norma básica y al respecto de las posibilidades de negociación y de la competencia reguladora de otras Administraciones, pero, en todo caso, podría llegarse a conclusiones similares a las expuestas, en cuanto también les compete la labor de vigilancia sobre el cumplimiento de la normativa vigente en materia de condiciones de trabajo (art. 40.1.e) EBEP) y, por ello, también en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

En todo caso, insisto, las competencias de estos representantes serían adicionales a las competencias de los “sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”, de los que habla el art. 46 LOI.

De hecho, creo que pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1ª) Que el Plan de Igualdad articule un sistema de seguimiento propio, en cuyo caso, las opciones son varias:

a) Puede pactarse un sistema de seguimiento independiente y distinto a la comisión paritaria del convenio, pese a la referencia prevista a favor de ésta en el art. 47 LOI. En caso de querer articularse un sistema independiente del resto, éste bien podría adoptar alguna de las siguientes formas:

1ª) de una comisión (de composición paritaria) con competencias exclusivas en materia de igualdad;

2ª) o, designar delegados con competencias exclusivas en materia de igualdad, o similares.

3ª) incrementar las competencias de los delegados de personal o del comité de empresa y junta de personal o de las secciones sindicales.

Lo importante del sistema de evaluación, en cualquier caso, más que la forma adoptada es que resulte eficaz para el fin que tiene según art. 46 LOI encomendado: el seguimiento del Plan de Igualdad.

b) Esta finalidad, también puede llevarse a cabo diseñando que el sistema de seguimiento se haga descansar sobre la comisión paritaria del convenio, incrementando sus competencias tal y como permite el art. 85.3.e E.T., y parece deducirse de lo previsto en el art. 47 LOI, en su segundo párrafo, o, en el mismo sentido, las comisiones paritarias de los pactos y acuerdos en la función pública, previstas en el art. 38.5 EBEP.

c) También puede articularse, como tercera opción, un sistema intermedio entre los anteriores. Que, por ejemplo, exista en el día a día un delegado de igualdad y que trimestral, semestral o anualmente, o en cualquier otro momento que se pueda estipular, este delegado deba dar cuenta de sus funciones a la comisión paritaria o a un órgano específico en el sentido de informar sobre el “estado” del Plan de Igualdad, su efectivo seguimiento o no, etc.

Las posibilidades, desde luego, son varias y distintas. Incluso es lógico que así sea, que se deje abierta la posibilidad a las partes de acordar su propio sistema de control y seguimiento, entre otras cosas, porque además este sistema deberá adecuarse a las características propias que concurren en la adopción de todo Plan de Igualdad.

En cualquier caso, lo importante en cada una de las posibilidades apuntadas es que el sistema resulte eficaz para garantizar el seguimiento y la evaluación de lo acordado. De ser así, se estará a lo negociado, sea cual sea la forma que hayan elegido los negociadores para que la evaluación del Plan que ellos diseñan sea eficaz.

Pues bien, las opciones expuestas hasta el momento suponen, todas y cada una de ellas, que el sistema de evaluación está garantizado, y que será independiente y compatible con la obligación impuesta al empleador de informar anualmente a la representación legal de los/as trabajadores/as a que se refiere el art. 47 LOI y que se traduce por la D.A. 11ª, apartado quince, LOI, en un nuevo párrafo 2 al apartado 1.1. del 64 E.T.

1.2) Ahora bien, también puede suceder que el Plan de Igualdad no contemple un sistema de evaluación propio o independiente. Si no que, por el contrario, pretenda que sean los representantes legales de los/as trabajadores/as o en su defecto los/as propios/as trabajadores/as los/as que ostenten competencias a este respecto y en los términos previstos en el art. 47 LOI que hay que interpretar según el deber de comunicación más genérico del 64.1.1. E.T. y sin olvidar la vigilancia que se les exige según art. 64.1.9.c.) E.T. (ambos en redacción ex. D.A. 11ª, apartado quince y dieciséis, respectivamente, LOI)

Esta opción puede ejercerse, además, de forma expresa o de forma tácita.

a) de forma expresa: remitiéndose en el propio Plan de Igualdad a los preceptos apuntados o reiterando, cual formula de estilo, su texto, es decir, que los representantes legales o, en su defecto, trabajadores/as tendrán derecho a ser informados sobre el contenido de los Planes de igualdad o sobre sus objetivos. Y que además deberán ejercer funciones de vigilancia, sin más.

b) de forma tácita, es decir, sin mencionar nada expresamente. En ese caso y teniendo en cuenta que el art. 47 LOI tiene como precepto legal sustantividad propia que se traduce en la obligación de informar, al menos anualmente a los representantes legales, aunque en el convenio no se

hubiera pactado nada expresamente, éstos mantendrían su derecho de información pasiva al respecto del contenido de los Planes de igualdad y de la consecución de sus objetivos.

En el ámbito funcional habría que deducir esas competencias de la genérica que atribuye a los delegados y juntas de personal el artículo 40.1.e) EBEP.

Pero estos derechos de información pasiva presentan unos perfiles más genéricos y difusos que el sistema de seguimiento del Plan al que se refiere el art. 46 LOI. La cuestión que ante ello se suscita es si en estos dos casos puede darse por cumplida la obligación de articular un Plan de seguimiento.

La respuesta debe ser clara y taxativamente negativa. En este último caso desde luego, aunque también por lo que se refiere al primer supuesto apuntando. Un Plan de Igualdad que no contemple el seguimiento no puede ser entendido como tal Plan de Igualdad y, por tanto, que debe reputarse nulo, con el incumplimiento que ello puede conllevar respecto a los que tenían la obligación de negociarlo tal y como dice la Ley y no lo han hecho, cuestión esta última a la que más adelante me referiré.

Y la misma conclusión debe ser aplicable al primer caso expuesto. De hecho, en el caso de que la remisión a los representantes sea expresa, si únicamente se trata de una remisión a las competencias del art. 47 LOI sin concretar nada más, no puede ser suficiente, pues en realidad estos representantes legales no están siendo destinatarios de unas competencias o derechos que no tengan ya en la Ley.

Por tanto, en los casos en que así se haga, en los casos en los que el sistema de evaluación y seguimiento del Plan de Igualdad sólo suponga una remisión a las competencias que en materia de igualdad tienen reconocidas los representantes unitarios de los/as trabajadores/as, igual que ocurría en el supuesto anterior –en el que nada se decía-, cabe entender que no se dará por cumplido cuanto exige el art. 46 LOI en torno a los sistemas de seguimiento, puesto que éstos no serían en este supuesto eficaces, o al menos “suficientemente” eficaces.

Como conclusión de cuanto se ha expuesto hasta aquí, debe retenerse como idea fundamental que todo Plan de Igualdad debe contener tres cuestiones diferenciadas: 1ª) la de los objetivos a alcanzar; 2ª) la de las estrategias o premisas que deben seguirse de forma necesaria en aras de alcanzar esos objetivos; 3ª) la de los sistemas de evaluación y seguimiento de esos fines y medidas definidos en el Plan, en los términos expuestos.

Todas y cada una de estas tres fases debe ser susceptible de ser diferenciada como parte del Plan de Igualdad, además de ser razonables y adecuadas a la realidad que refleje el diagnóstico de situación.

7.- EL CONTENIDO DEL PLAN DE IGUALDAD: LAS MATERIAS A TRATAR

En cuanto al contenido del Plan de Igualdad, debe decirse que es una materia que el EBEP no regula en los Planes de igualdad en el sector público.

Analógicamente, como se ha dicho en otros apartados, puede tenerse en cuenta lo dispuesto para el sector privado y para el Plan de Igualdad de la AGE en la LOI, pero debe tenerse en cuenta que precisamente el EBEP remite el contenido de este Plan a lo que pueda negociarse en el instrumento negocial correspondiente, y que, además, las reglas sobre el contenido del Plan de la AGE son bien escasas por no decir que inexistentes.

En cualquier caso, parece innegable, tal como se ha ido diciendo, que el Plan debe partir de un previo diagnóstico de la situación que identifique los problemas en orden a la efectiva igualdad; a partir de ahí, el Plan deberá establecer los objetivos y adoptar las medidas necesarias para

solventar los problemas detectados y alcanzar los objetivos establecidos, medidas que deberán, sin duda, negociarse, pero que, si no se establecen, harán que el Plan de Igualdad no sea reconocible como tal.

Lo que sí puede hacer el Plan es secuenciar temporalmente las medidas a adoptar, fijando prioridades, plazos de actuación, etapas de aplicación, etc., sin duda ello es razonable y admisible, correspondiendo a los negociadores del Plan decidir la secuencia temporal de aplicación del mismo.

Por otro lado, en la Corporación Local es esencial que el Plan identifique quien ha de adoptar las medidas pactadas. No cabe ignorar al respecto que en estos entes pueden existir múltiples centros de decisión y que la falta de claridad sobre el órgano responsable de adoptar una determinada medida puede privarle de eficacia. Es significativo al respecto que la LOI cree en el ámbito de la AGE la Comisión Interministerial y en cada departamento ministerial las Unidades de Igualdad. Es la mejor prueba de que se es consciente del problema que plantea la falta de un órgano claro que asuma la implantación de las medidas que procedan, aunque esas estructuras no están pensadas para los Planes de igualdad, sino, en general, para toda la política sobre igualdad gubernamental y ministerial. Lo que ocurre es que, lo mismo que se evidencia a nivel general, se plantea también en relación con los Planes de igualdad. Si faltan órganos gestores con competencias precisas, las medidas no se adoptarán.

También parece que, necesariamente y como se ha expuesto, el Plan deberá establecer algún mecanismo de control y seguimiento de su evolución, pues deberá comprobarse si efectivamente se están consiguiendo los objetivos que se plantearon al adoptar cada medida en concreto.

Finalmente parece claro que el Plan es necesariamente temporal y deberá ser objeto de ajuste o renegociación a la vista de la evolución que se vaya produciendo. Así se establece claramente en la AGE, Plan por legislatura y revisiones al menos anuales, y así debe ser en las demás Administraciones, en las que la duración del Plan y, en su caso, los momentos o períodos en los que debe analizarse su aplicación y revisarse, deberán ser objeto, también de la negociación que al respecto del Plan se produzca. Corresponde, pues, a los negociadores pactar, determinar, en general y a salvo del Plan general de la AGE, el ámbito temporal del Plan de Igualdad.

En cuanto a las medidas concretas que puede contener el Plan debe señalarse que, lógicamente, la pretensión de todo Plan de Igualdad debe ser adoptar una serie de medidas con el fin de contribuir a erradicar la discriminación y lograr la igualdad de trato o de oportunidades entre mujeres y hombres, y todo ello en un ámbito de actuación concreto, lo más cercano posible al centro de trabajo, para que las medidas pueden ser, igualmente, próximas a la realidad y concretas.

En la medida que las condiciones concretas que deben figurar en el Plan de Igualdad dependerán, pues, del diagnóstico concreto y serán diferentes en cada Administración, no puede establecerse un listado cerrado de las mismas. No cabe establecer una serie de materias que necesariamente deberán figurar en un Plan de Igualdad más allá de las expuestas.

En el ámbito privado ocurre exactamente lo mismo y, por eso, la LOI consciente de esa realidad, cuando en el art. 46.2. se refiere a las materias que pueden abordarse en el Plan de Igualdad, lo hace señalando que esas materias se determinarán con el fin de lograr “la consecución de los objetivos fijados” y que, en ese sentido, podrán contemplar “entre otras”, las materias de “acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”.

Estamos, pues, ante un listado indicativo, orientativo, pedagógico si se quiere.

Puede ocurrir que en un Plan basta con que figuren las materias indicadas. Puede ser necesario que, además, figuren otras. Puede bastar con que figuren sólo algunas de las materias que indicativamente señala la LOI, o finalmente puede ser que estén algunas de ellas, pero no todas, y además otras no citadas expresamente en la LOI.

En todo caso, lo normal, es que todas las materias que se citan expresamente en la norma legal deban aparecer en un Plan de Igualdad. Sólo podrán no aparecer si el diagnóstico de la situación detecta que en esas específicas materias no hay problemas que deban abordarse.

En definitiva hay que interpretar sistemáticamente el listado indicativo de materias que contiene el art. 46 LOI con la previsión que existe en el mismo artículo en el sentido de que las materias de que tratará el Plan de Igualdad, se decidirán en atención a “los objetivos fijados”.

En todo caso, la lista de la norma sirve, claramente, para fijar aspectos que necesariamente deberán contemplarse, eso sí, en el diagnóstico de la situación.

Pese a la libertad negocial, restringida en todo caso por el diagnóstico previo de la situación, que existe a la hora de determinar las materias que se abordan en el Plan de Igualdad y la forma en que estas se abordan, esto es, libertad para determinar sobre que aspectos se va a negociar y para fijar, después, las cláusulas concretas que contendrán las específicas medidas a aplicar, me parece importante señalar algunas de las muchas posibles prácticas negociales que podrían seguirse en la concreción del Plan de Igualdad y en lo referente a las materias que cita la Ley.

En ese sentido, señalaré posibles prácticas a seguir en los Planes de igualdad, distinguiendo tal y como hace la LOI entre: 1º) acceso al empleo; 2º) clasificación profesional; 3º) promoción y formación; 4º) retribuciones; 5º) ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar; y 6º) prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Todo ello, insisto, sin perjuicio de la existencia de “otras” materias que pueden -y en ocasiones deben- ser objeto de tratamiento en el Plan de Igualdad aunque la LOI no las cite en ese listado que contiene expresamente el art. 46.2.

Veamos, lo más relevante de cada una de las que sí cita:

1º) En relación con el acceso al empleo

Para empezar, al tratar la materia del acceso al empleo hay que hacer una precisión: si bien hasta ahora hemos defendido que puedan existir Planes de igualdad sin abordar todas y cada una de las cuestiones que menciona la Ley, como entiendo que debe ser, creo que de la anterior afirmación hay que exceptuar la materia del acceso al empleo, que deberá ser objeto de tratamiento en casi todos los Planes de igualdad si de verdad quieren ser efectivos.

De hecho, la discriminación que se produce en el momento de acceder a un empleo es la más difícil tanto de detectar como de erradicar, tal y como pone de relieve la segregación horizontal y vertical –así como el techo de cristal- que resultan apreciables en nuestro mercado de trabajo.

Cómo resultaría realmente extraño la inexistencia de discriminación en este sentido, siquiera por las prácticas sociales, el acceso al empleo deberá ser siempre materia a abordar por el Plan de Igualdad.

Si no se hace así, puede darse, como efecto más claro, que lo negociado en el Plan no tenga ninguna eficacia práctica, sobre todo porque puede que no existan mujeres en plantilla, o estén residualmente ubicadas en ciertos puestos o en ciertas condiciones laborales, y que no se haga nada para solucionar esa situación.

De hecho, pactar un Plan de Igualdad que centre el problema de la discriminación en el desarrollo de la relación laboral, obviando el acceso, en bastantes casos, no es mucho más que acordar una declaración de principios sin eficacia real, y si algo es claro, es que el Plan de Igualdad debe ser todo lo contrario de una mera declaración formal de la igualdad, pues debe suponer la plasmación específica del conjunto de medidas que se requieren para garantizar la igualdad real ante unas circunstancias concretas. Así, al menos, parece entenderlo la propia LOI, según la definición que he expuesto anteriormente.

Pues bien, presumiendo que se va a abordar el acceso a un empleo, hay que tener en cuenta que este momento pre-contractual, en un sentido amplio del término, se desglosa, a su vez, en tres momentos: 1º) el de las ofertas públicas de empleo; 2º) el del proceso de selección; 3º) el del propio acto de contratación. Todo ello teniendo en cuenta que en los Entes públicos el acceso no es libre como en la empresa privada, sino que está reglado y condicionado a los principios de igualdad, mérito y capacidad.

En cualquier caso, y pese a ello, la segregación del mercado de trabajo a la que me he referido también se da en el empleo público.

En ese sentido, el Plan deberá contener, entre otras, medidas como las que siguen¹⁶:

1º) En relación con las ofertas públicas de empleo, y teniendo en cuenta que de lo que se trata al adoptar un Plan de Igualdad, es de garantizar la igualdad real, sería interesante que las ofertas de empleo no quedasen al margen de ningún Plan de estas características que se pacte, sino que, por el contrario, éstas fuesen uno de sus objetivos prioritarios.

Un Plan que realmente pretende garantizar la igualdad en el acceso al empleo debe cuidar que las ofertas de empleo no resulten “sexistas”, que no respondan a estereotipos de uno u otro género.

Como buenas prácticas negociales en ese sentido, cabe proponer, entre otras, la posibilidad de adoptar cláusulas como las siguientes:

1º) Cláusulas que tratan de garantizar la participación de los/as representantes de los/as trabajadores/as en el diseño de las ofertas de empleo, en los términos que resulten admisibles en el ámbito del empleo público.

2º) Cláusulas que impongan la imperativa emisión de un informe escrito sobre el impacto de género de aquellas ofertas de empleo que se realicen o vayan a realizarse.¹⁷

3º) O cualquier otra cláusula que acuerde la obligatoriedad de pasar por cualquier otro procedimiento similar que garantice que los/as representantes de los/as trabajadores/as conocen las ofertas de empleo existentes y que se ha valorado que éstas son adecuadas a la igualdad de oportunidades real entre mujeres y hombres.

2º) Al respecto del proceso de selección, el Plan de Igualdad que se negocie debe, sobre todo, garantizar la objetividad en la selección del trabajador que se va a contratar. Y esa objetividad sería importante que supusiera, entre otras cosas: a) una imparcialidad en el propio proceso de selección, en lo referente a las pruebas o criterios determinantes; b) y también esa misma objetividad o imparcialidad en los requisitos exigibles en cada caso para entender superado o no el concreto proceso de selección.

¹⁶ Para un mayor estudio al respecto de las peculiares características del acceso al empleo público y su relación con la necesidad de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres, véase, ALFONSO MELLADO, C.L. en AA.VV., *Los Aspectos Laborales*, cit., 143 y ss.

¹⁷ Al igual que la LOI dispone para la AGE.

a.) por lo que se refiere a lo primero, es decir, a la objetivación del propio proceso de selección, sería importante que se pactase el condicionar la contratación de los/as trabajadores/as a la superación de ciertas pruebas objetivas y poco estereotipadas desde el punto de vista del sexo de los candidatos (exámenes, pruebas de aptitudes, méritos académicos, etc.); o, lo que viene a ser lo mismo, que se negociasen cláusulas en las que se limitase al máximo la realización de pruebas socialmente condicionadas al rol de géneros que persiste en la sociedad tras el asentamiento de la teoría de la domesticidad¹⁸, en este sentido es importante reducir el peso que las entrevistas pueden tener, y garantizar la aplicación de criterios sexistas mediante una composición equilibrada de los órganos de selección, obligatoria en principio en la AGE, como se vio y a la que debe tenderse, incluso más, a la paridad, conforme al EBEP.

b.) establecido ese proceso objetivo o imparcial de selección, también es trascendente cuidar que los criterios que determinen la superación del proceso selectivo en cuestión, y por lo tanto, la conclusión acerca de si el trabajador es o no apto y cual es su valoración en concreto, sean asimismo objetivos. No se debe admitir que sean, precisamente, los requisitos que se han exigido, los causantes de una discriminación directa o indirecta. Es evidente que los criterios determinantes de la valoración de los candidatos no podrán ir claramente dirigidos a un sexo (constituirían una discriminación directa); pero hay que tener en cuenta que tampoco podrán ser criterios que, pese a ser aparentemente neutros, generan, sin embargo, un efecto adverso en un colectivo respecto al otro sin la existencia de una razón objetiva que justifique su adopción (discriminación indirecta). Para justificarlo, esto es, para que el efecto adverso no sea discriminatorio, el motivo por el cual se ha elegido el criterio en cuestión debe descansar sobre la prestación a realizar y no sobre su consideración social, lo que es muy importante a tener en cuenta cuando se eligen como determinantes del proceso de selección criterios tales como la altura, fuerza o resistencia física, o similares, si bien ciertamente esto no es lo usual en el ámbito de las Administraciones Públicas.

3º) Por lo que respecta al propio acto de la contratación, hay que tener en cuenta que éste será en las Corporaciones Locales consecuencia de un previo proceso de selección reglado. En ese sentido, por lo que se refiere a las posibilidades negociales del Plan de Igualdad, las cláusulas que se adopten entiendo que deberán centrarse en garantizar que la persona que se contrata es realmente aquélla a la que le corresponde ser contratada por aplicación del sistema de selección, debiéndose de cuidar mucho que en la efectiva contratación no se produzca discriminación ni en el momento de decidir que efectivamente se contrata al trabajador en cuestión, ni tampoco cuando se fijan las condiciones específicas en las que se le ha contratado.

Lógicamente en el ámbito de la Administración parece evidente que la garantía de que la persona que ha superado las pruebas es la contratada o nombrada es fácil, a la vista del proceso reglado de selección. La vigilancia central estará en las condiciones de empleo de esa persona, para comprobar que no se produce segregación alguna en ellas por razón de sexo.

Hay dos aspectos que podrían completar la negociación en esta materia.

¹⁸ La objetivación en el proceso de selección como materia del Plan de Igualdad sería una medida de tutela a la que habría que añadir por lo que se refiere a este concreto momento del ingreso con lo previsto expresamente en el art. 53 LOI "Órganos de selección y Comisiones de valoración. Todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella responderán al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la representación de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo se ajustará al principio de composición equilibrada de ambos sexos".

Por un lado la posibilidad de que se introduzcan medidas de acción positiva a favor de las mujeres cuando su presencia en una Administración esté por debajo del equilibrio o paridad razonable, siempre, evidentemente, que se cumpla cuanto he dicho.

Por otro lado, intentar garantizar la presencia de personas vinculadas a los representantes de los/as trabajadores/as y sindicatos en los procesos de selección. Es claro que el EBEP excluye que estos formen parte de los órganos de selección en representación de las Juntas de Personal, de los sindicatos, etc., pero nada impide que la Administración convocante nombre, por ejemplo, sindicalistas para formar parte de los órganos de selección de entre una lista propuesta por las organizaciones sindicales, siempre que reúnan los requisitos de imparcialidad y profesionalidad exigibles a cualquier componente de los órganos de selección.

El Plan de Igualdad puede ser, también, un buen momento para concretar esta presencia.

En otro orden, resultaría asimismo beneficioso realizar un recordatorio, en el propio Plan, al respecto de que los representantes del personal laboral, tal y como contiene el art. 64.2 E.T., tienen derecho a una copia básica del contrato realizado con cada persona de nueva contratación, lo cual es relevante a efectos de conocer el tipo de contrato y las condiciones concretas en que se ha efectuado.

2º) Clasificación profesional

Por lo que se refiere a esta concreta condición laboral, el Plan debe incidir en la clasificación profesional tanto desde el punto de vista de la clasificación profesional objetiva o sistemas objetivos de clasificación, como también desde el punto de vista de la clasificación profesional subjetiva o acto de clasificación profesional.

Ahora bien, en la Corporación Local, los sistemas objetivos de clasificación, generalmente, presentan pocos problemas, al menos en las Administraciones grandes, en las que los grupos y niveles se definen en términos neutros.

En todo caso hará que vigilar que no existan funciones, tradicionalmente atribuidas a mujeres, con niveles desproporcionados, a la baja, a las funciones que realizan, pero no es lo usual.

Lo que es más frecuente es que las mujeres se concentren en determinadas actividades o, dentro de ellos, en determinadas funciones concretas, muchas veces las de menor nivel.

De hecho, la idea de la segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo (y esta última en su doble manifestación de, por una parte, sectores de actividad o funciones claramente sesgadas según el sexo de los empleados/as; y, por otra, la contratación de las mujeres en condiciones menos favorables que la de los hombres) está íntimamente conectada con la existencia de grupos profesionales, categorías o elementos clasificatorios masculinizados frente a la existencia de otros claramente feminizados, lo que puede producirse, incluso por tradición social o por herencia histórica, es decir, por comportamiento social, pese a que jurídicamente la norma no lo prevea así y sea absolutamente neutra, que es lo normal en las Administraciones Públicas.

Este aspecto es el que, sin duda deberá abordar el Plan de Igualdad y, como buenas prácticas negociales en este sentido cabe proponer, entre otras: 1º) La revisión y evaluación del sistema de clasificación, con el fin de replantearse los grupos y niveles por si existiese alguna discriminación directa o indirecta. 2º) Además de lo anterior, y una vez garantizado que los elementos clasificatorios en esencia no son constitutivos de discriminación, ni directa ni indirecta, habría que incidir en las condiciones laborales inherentes a cada grupo o categoría, fundamentalmente deberían preverse mecanismos para analizar y en su caso, replantear, la fijación de ciertos niveles retributivos, por si fuese ahí donde apareciese alguna práctica de segregación por razón de sexo, minusvalorando tareas o funciones desempeñadas mayoritariamente por mujeres. 3º) La

adopción de medidas de acción positiva, cuando se detectase que ciertas tareas, grupos, niveles, etc. están desempeñados generalmente por hombres y que las mujeres no acceden normalmente a ellos. En estos casos habría que abordar prácticas igualatorias a favor del sexo discriminado y las más contundentes son las medidas de acción positiva, en los términos en los que resultan posibles.

3º) La promoción y formación profesional

Las discriminaciones en la promoción y formación profesional del trabajador inciden también en la segregación del trabajo en la empresa, pero en esta ocasión de forma vertical. Es decir, afectan a la delimitación o designación de los/as trabajadores/as que ocupan los puestos más elevados en el escalafón de la empresa. Los puestos de la cúspide empresarial.

Cuando el diagnóstico de la realidad demuestre esa división vertical del empleo, éste, el propio Plan, deberá contener previsiones en relación a la promoción y formación profesionales. En ese sentido, creo que debe incidirse sobre lo siguiente: 1º) reglas de ascensos; 2º) criterios de selección de los destinatarios de la formación

1º) Reglas de ascensos: La relación entre la promoción profesional del trabajador y las reglas de ascensos es obvia.

Es verdad que en la Administración los criterios de promoción están más reglados, pero presentan problemas similares a los del acceso.

En este sentido, como se vio, las buenas prácticas negociales pasarían por el análisis de los criterios que van a regir la promoción, realizando al respecto un impacto de género, por si se detectase que los mismos, pese a ser aparentemente neutros, benefician a un sexo.

Además, limitar pruebas no objetivas, entrevistas y similares; garantizar la composición equilibrada y mejor paritaria de los órganos encargados de resolver las promociones, favorecer la presencia en ellos de sindicalistas en los términos ya expuestos, etc. son medidas que, en los términos en los que legalmente quepan, pueden contribuir a garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en esta materia.

Todo ello puede completarse, también y en su caso, con acciones directas de acción positiva, tanto en la selección, similares a las posibles en materia de empleo, como en otro aspecto clave, la formación.

Al respecto de esto último, por ejemplo, habría que revisar las ofertas formativas, incluso en el aspecto de los horarios, para confirmar que se ajustan a reales posibilidades de participación amplia de las mujeres en ellas.

Como conclusión, así, y ante la conexión que existe entre la segregación vertical del mercado de trabajo y los requisitos determinantes de la promoción y formación profesional del trabajador, a menos que la realidad a la que aplicar el Plan de Igualdad demuestre, previo diagnóstico de situación, que no son necesarias, no creo que el Plan pueda dejar al margen estas cuestiones en los términos expuestos.

4º) Retribuciones

La retribución del trabajador es, según demuestran las estadísticas¹⁹, una de las condiciones laborales en la que más incide la discriminación, lo que en definitiva es causa y consecuencia de lo anterior.

De hecho, la discriminación en esta materia se produce desde dos perspectivas:

1º) de una parte, de forma directa, porque hombres y mujeres no tienen reconocida la misma retribución pese a realizar tareas de “igual valor”, lo que, en el ámbito laboral, supone un claro incumplimiento del art. 28 E.T. que contiene el mandato legal de “idéntica retribución ante trabajos de igual valor”. Normalmente en la Administración estas situaciones no se plantean con tanta crudeza, aunque habrá que garantizar que ciertos complementos retributivos, posibles, no incidan en prácticas de este tipo.

2º) desde una segunda perspectiva, desde la discriminación indirecta, que es la que se genera al aplicar criterios que parecen neutros pero que generan un efecto adverso en las mujeres respecto a los hombres y sin que exista una razón objetiva en base a las funciones que se realizan que justifique su existencia y persistencia. Y eso se da, sobre todo, en los complementos salariales.

El Plan de Igualdad debería incidir en este sentido en dos cuestiones fundamentales: 1º) en la asignación de los niveles retributivos, que deberían ser realmente los mismos en caso de trabajos de igual valor, revisando, como se dijo, si ello no ocurre así en algún caso. 2º) En las prácticas relacionadas con ciertos complementos salariales, para garantizar un uso correcto de las gratificaciones complementarias y partidas similares.

5º) Ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar

La ordenación del tiempo de trabajo para favorecer la conciliación de los distintos aspectos de la vida de las personas, debe ser una de las condiciones laborales en las que más se incide desde la Ley y desde los convenios. No es para nada una condición desconocida.

Y como muestra, la propia LOI contiene un elenco de permisos, licencias y reducciones de jornada, además de causas justificativas de la suspensión del vínculo laboral, entre los apartados tres a once de la D.A. 11ª, que se concretan en reformas de diversas leyes laborales, y en la D.A. 19ª, en lo que se refiere al personal funcionario en medidas que en su mayor partida se recogen hoy en los arts. 48, 49 y 89 EBEP.

Pues bien, sin perjuicio de que lo anterior sea positivo; y sin perjuicio también de lo positivo que pueda ser que el Plan de Igualdad concrete y mejore estas medidas, de lo que además de en la Administración hay ejemplos en el sector privado²⁰, cuando sea necesario según el diagnóstico de situación lograr mayor flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, sin perjuicio de todo ello, en relación con esta materia existe un riesgo que no quiero dejar de señalar.

¹⁹ Ver, el Boletín elaborado por el gabinete de estudios del C.E.S. sobre el panorama sociolaboral de la mujer en España.

²⁰ Tal y como hacen el Acuerdo entre el Grupo Santander y las Representaciones Sindicales CC.OO., UGT, FITC, CGT, AMI, ELA, CIG, LAB, a favor de la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres, suscrito el 27 de abril del 2005; y el Acuerdo de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral suscrito por CC.OO. y Banesto el 7 de junio del 2005.; Referido también a la necesidad de adoptar medidas de acción positiva para erradicar la discriminación, se manifiesta el Cc. Estatal de Despachos, Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales –B.O.E. de 29 de julio del 2005- (Disposición Adicional Primera).

El riesgo al que me refiero tiene que ver con un posible efecto boomerang de la norma en caso de que estas medidas sean muy protectoras. De hecho, establecer una ordenación del tiempo de trabajo muy flexible en el sentido de permitir compatibilizar vida laboral, familiar y personal fácilmente, es decir, tareas productivas y reproductivas, puede comportar como primer riesgo que sólo la mujer recurra a ellas, tal y como la práctica demuestra que suele hacerse.

Y cuando sólo la mujer compatibiliza ambos aspectos de la vida, los productivos y los reproductivos o es ella la que recurre fundamentalmente a las medidas conciliadoras, se incide en la percepción social de la mujer como trabajador de “segunda”.

Lo que supone que al final, así, al adoptar medidas conciliadoras demasiado contundentes, sin tener en cuenta la realidad social y sin conseguir que los hombres se impliquen en su uso, se incide en el hecho que precisamente se quiere evitar: la de la asignación de roles por sexo, la de la división de los/as trabajadores/as según sean hombre o mujeres. Y, por tanto, que las normas que se han adoptado para que las mujeres puedan acceder a las funciones productivas en las mismas condiciones que los hombres, las “releguen” a hacerse cargo de las funciones reproductivas. Generándose con la adopción de esas medidas la discriminación que se quería evitar con su elaboración.

Todo ello, por no señalar un segundo efecto boomerang que también puede producirse si se percibe socialmente que la mujer es un trabajador que quiere ejercer “demasiados” derechos, al que hay que reconocerle “demasiadas ventajas” y que, por tanto, no es alguien a quien resulte “cómodo, rentable y seguro” ni contratar, ni invertir promocionándolo o formándolo una vez ha sido contratado, si bien este es un riesgo grande en el sector privado, pero menor en el ámbito del empleo público.

En ese sentido, si bien los Planes de igualdad deben referirse a los permisos, licencias y excedencias que reconoce la LOI y el EBEP, deben hacerlo contemplando como medidas adicionales aquellas que incentiven su disfrute por los hombres más que por las mujeres. Es decir, que erradicar en este caso la discriminación no sólo exige reconocer, mejorar y adoptar las medidas conciliadoras para que las trabajadoras puedan conciliar distintos aspectos de su vida, sino que pasa, necesariamente, por adoptar todas las medidas posibles que bajo la forma de ayudas, subvenciones o bonificaciones, o cualquier otra, garanticen que sean los hombres los que recurran a ellas.

Claro que ello debería haberse hecho desde la Ley, pues es difícil que sin una previsión legal en ese sentido, resulte fácil negociar esas ayudas a favor de los hombres en el Plan de Igualdad. Aún así, no me resisto a resaltar la importancia que podrían tener en el sentido de romper con el rol social que tiene todavía la mujer y avanzar desde esa perspectiva hacia la igualdad real de unos y otras.

6º) Prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo

Como las conductas de acoso afectan a un mayor número de mujeres que de hombres, se ha entendido desde hace tiempo ya, que las conductas de acoso deben ser consideradas como discriminatorias. Y, en ese sentido, se ha adoptado una nueva catalogación en el acoso, generándose el concepto de acoso por razón de género que es el acoso moral que sufre la mujer simplemente por serlo o por situaciones que tienen que ver con el hecho biológico de serlo tales como embarazo y maternidad y los permisos laborales que estos comportan.

Las pautas a seguir en el Plan de Igualdad son en este aspecto relativamente claras.

Seguramente por ser la del acoso una cuestión de gran dificultad negocial, la LOI contiene una serie de previsiones a ese respecto, que, desde luego, siempre se pueden mejorar en la regulación convencional, pero que, de no hacerlo, ya son vinculantes porque existen en la Ley. Quiere

decirse, así, que en caso que el diagnóstico de la situación no refleje la concurrencia de estas concretas situaciones en la realidad estudiada y, por ello, entre los objetivos de un concreto Plan de Igualdad no se diga nada al respecto del acoso, ni se articulen medidas para evitarlo, lo que ahora diré rige igual, porque la Ley lo regula directamente. Seguramente, la LOI contiene ese art. 48, consciente de que las situaciones de acoso son conductas intolerables y, por ello, las actuaciones frente a ella deben ser inmediatas aunque se manifiesten una sola vez. A ello se refiere la previsión legal, que contempla en este sentido unas medidas frente al acoso que se aplicarán aunque no hayan sido negociadas como parte del Plan de Igualdad.

Lo que la LOI contiene en ese sentido, aunque referido únicamente a la situación de acoso, supone distinguir una triple secuenciación similar a la expuesta en el Plan de Igualdad en el sentido de: fijación de objetivos; medidas de actuación; y procedimiento de seguimiento:

1º) Como fijación de objetivos, lo que se nos dice es que las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para la prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que pueden formular quienes hayan sido objeto del mismo (48.1. primer párrafo LOI)

2º) Como adopción de medidas o estrategias, se prevé legalmente el hecho de que “con esa finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los/as representantes de los/as trabajadores/as, tales como la elaboración y la difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación” (48.1. segundo párrafo LOI)

3º) Como sistema de evaluación y seguimiento se establecen las competencias que se reconocen a los/as representantes de los/as trabajadores/as, respecto a los que se dice que “deberán contribuir a prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlos” (48.1. segundo párrafo LOI)

Todo lo anterior rige por imperativo legal. Y como tal se aplica si en el Plan de Igualdad no se hace referencia al acoso por no ser éste uno de sus objetivos.

Aunque estas medidas están previstas en el ámbito laboral conviene recordar su vigencia en las Corporaciones Locales en relación con el personal laboral, por lo que pueden servir de orientación clara de las que se adopten con el personal de naturaleza funcional.

Pero además, en ese ámbito público, la LOI introduce medidas que en principio vinculan a la AGE. Al respecto debe citarse el art. 62 LOI, referido a la necesidad de articular un protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo, estableciendo sus contenidos mínimos.

Ahora bien, esa obligación y ese contenido mínimo, no impide que de acuerdo con los resultados arrojados por el diagnóstico de la realidad, en un momento determinado se requiera fijarse en el acoso como objetivo específico a abordar en un concreto Plan de Igualdad²¹. En ese caso, las previsiones legales que he comentado serán constitutivas de un mínimo y podrán ser ampliadas y mejoradas por el Plan de Igualdad, siempre condicionándose a las circunstancias concurrentes y a las características de la realidad en la que se va a aplicar.

Cabe pensar, incluso, que esa obligación de negociar un protocolo está vigente para todas las Administraciones Públicas y no sólo para la AGE, pues el artículo 62 LOI, pese a estar en un capítulo dedicado a la AGE, empieza en ese precepto estableciendo una obligación de las

²¹ Al respecto, ALFONSO MELLADO, C.L. en AA.VV., *Los Aspectos Laborales...*, cit., pág. 159.

Administraciones Públicas en general. Sea o no así, lo cierto es que esta materia debe ser objeto de diagnóstico y en su caso de tratamiento, bien diferenciado en un protocolo específico, bien integrado en el Plan de Igualdad.

8.- ¿QUÉ OCURRE SI, EXISTIENDO LA OBLIGACIÓN, NO SE NEGOCIA UN PLAN DE IGUALDAD?

El incumplimiento de la obligación empresarial de negociar un Plan de Igualdad, puede manifestarse de dos formas distintas: 1º) en caso de que no se negocie medida alguna como Plan de Igualdad; 2º) en caso de que se negocie como Plan de Igualdad una medida que no pueda considerarse como tal, según la definición que hemos dado en páginas precedentes.

Pues bien, cuando sea así, los efectos de la conducta incumplidora en esa doble manifestación serán distintos según el comportamiento incumplidor genere a su vez una conducta discriminatoria frente a los casos en los que no sea así y el incumplimiento de la obligación de negociar un Plan de Igualdad suponga el mero incumplimiento de una obligación empresarial.

Así:

1º) en caso de que la Administración incumpla la obligación legal de elaborar un Plan de Igualdad, pero sin que ese incumplimiento genere una discriminación en concreto, entiendo que la conducta del empleador será reclamable por desobedecer el mandato legal (fijado en la Disposición Adicional Octava EBFP) pero no por incurrir en discriminación.

En este sentido podrán ejercitarse acciones por los representantes unitarios (delegados y juntas de personal) (40.2 EBEP), por las organizaciones sindicales más representativas (19.1.i) de la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LRJCA), conforme a la redacción de la D. A. 6ª LOI), y en general por todas las legitimadas para negociar el Plan de Igualdad, y por los empleados y empleadas públicas directamente afectados.

Ahora bien, lo anterior ciertamente ocurrirá en pocas ocasiones, pues, por regla general, el incumplimiento de la obligación de negociar un Plan de Igualdad generará o perpetuará situaciones discriminatorias.

2º) De ser así, de generarse una discriminación por incumplimiento del mandato legal de elaborar un Plan de Igualdad, la actuación creo que podrá ser reclamable ante los tribunales.

Si afecta a personal laboral podrá hacerse mediante el procedimiento especial de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales del trabajador en los términos fijados en los arts. 175-182 LPL.

Si afecta a personal de naturaleza funcionarial la reclamación se hará ante el orden contencioso-administrativo, conforme a la LRJCA, teniendo en cuenta la posible legitimación sindical para reclamar y las reglas de prueba, que de alguna manera invierten la carga de la misma y que se contienen en el actual art. 60-7 LRJCA.

En todo caso en los supuestos de acoso sexual y acoso por razón de sexo, sólo la persona directamente afectada puede plantear reclamaciones al respecto (art. 12.3 LOI y 19.1.i) LRJCA).

En conclusión, por tanto, es incumplimiento a estos efectos tanto no elaborar medida alguna como Plan de Igualdad, como hacerlo incorrectamente.

Cuando ello sea así, en cualquiera de esta doble posibilidad, la conducta del empleador será ilícita por incumplimiento de una de sus obligaciones empresariales. Pero eso incumplimiento sólo será además discriminatorio, y por tanto, impugnabile como tal, en caso de que no llevar a cabo la obligación de negociar un Plan de Igualdad constituya o comporte una discriminación en concreto, lo que no siempre ocurrirá.

9.- ¿QUÉ OCURRE SI SE INCUMPLEN LAS MEDIDAS ESTABLECIDAS EN EL PLAN DE IGUALDAD?

En el caso de que el incumplimiento del empleador se manifieste en un segundo momento, esto es, cuando negociado ya el Plan de Igualdad se incumplen las medidas que lo conforman, la actuación empresarial que así lo haga me parece que será impugnada por discriminatoria.

Creo que ello es así, porque es prácticamente imposible que exista un comportamiento empresarial (tanto por parte del empresario público como privado) que incumpliendo una medida de tutela antidiscriminatoria fijada en el Plan de Igualdad, no esté discriminando.

Teniendo en cuenta que según la definición legal del Plan de Igualdad en los términos expuestos, éste debe ajustarse a la situación de la entidad empleadora y contemplar todo lo necesario para erradicar íntegramente la discriminación existente y evitar que se continúe produciendo en el futuro un comportamiento discriminatorio, no cumplir con lo pactado genera necesariamente una discriminación al omitir una medida que intenta evitar que esa discriminación se produzca. Lo hace, bien produciendo una discriminación en concreto o bien perpetuando la discriminación ya existente, pero en cualquier caso, se trata de un incumplimiento que entraña una discriminación y, desde esa perspectiva, frente al comportamiento de ese empleador podrá reclamarse por vulneración de uno de los más importantes derechos fundamentales: el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación.

La impugnación que en estos casos se produzca podrá ser reconducible al procedimiento especial de tutela de libertad sindical y otros derechos fundamentales del trabajador en los términos fijados en los arts. 175-182 LPL, para los laborales que presten servicios en la Corporación Local.

En el ámbito contencioso-administrativo será donde podrán reclamar el personal de naturaleza funcionarial, también, en su caso, demandando específicamente, la protección de sus derechos fundamentales. Normalmente en el caso de este personal las demandas se tramitarán por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, previsto en los arts. 114 y siguientes LRJCA, o, si se plantean como procedimiento ordinario, por el procedimiento abreviado que rige en las cuestiones de personal, previsto en los arts. 78 y siguientes LRJCA.

En ambos casos las sentencias que se dicten podrán tener los pronunciamientos previstos en el art. 10 LOI, que también son aplicables en virtud de los arts. 71 LRJCA y 180 LPL, en relación respectivamente con el personal de naturaleza funcionarial y laboral, respectivamente. En consecuencia podrán declarar la nulidad de la conducta empresarial, ordenar la reparación de sus consecuencias, condenándole, en su caso, a cumplir lo previsto en el Plan de Igualdad y a reparar los daños y perjuicios de todo tipo ocasionados por el incumplimiento, sin perjuicio de otras medidas sancionatorias que procedan frente a la entidad incumplidora.

PROCEDIMENT D'ELECCIONS SINDICALS: PRINCIPALS PROBLEMÀTIQUES DEL PROCÈS PER A L'ADMINISTRACIÓ LOCAL I ELS SINDICATS CONVOCANTS

Raquel Calveras Augé
Directora dels Serveis Territorials de Barcelona
Departament de Treball
exàrbitre d'eleccions sindicals

0. OBJECTIU	1
1. NORMATIVA D'APLICACIÓ I COMPETÈNCIES DE L'AUTORITAT LABORAL.....	1
2. PRINCIPIS DE REGULACIÓ EN MATÈRIA D'ELECCIONS SINDICALS	2
3. CANALS DE RECLAMACIÓ DELS INTERESSATS EN EL PROCÉS ELECTORAL.....	3
4. TEMES PROBLEMÀTICS	3
a. Cens laboral i cens electoral.....	4
b. Requisits de les candidatures i possibilitat de subsanació	5
c. Vot per correu	6

0. OBJECTIU

L'objecte d'aquesta ponència és plantejar els problemes i les possibles solucions que ofereixen tan la normativa com la interpretació arbitral i judicial als processos d'eleccions sindicals a l'administració local.

S'ha de considerar, per poder enquadrar adequadament la problemàtica, tan la normativa d'aplicació com els seus principis reguladors.

Així mateix caldrà considerar que hi ha dos col·lectius (personal laboral i personal funcionari) amb dret a participar en els processos d'eleccions sindicals amb normes d'aplicació diferenciades.

El plantejament de la ponència intentarà ser molt pràctic i concret. És per això que, més enllà d'identificar les normes d'aplicació, no es farà una exposició detallada de la normativa que regula el procés electoral sindical, més enllà dels principis que al meu parer es poden inferir de les normes positives.

Els temes que es destaquen s'extreuen tant de la recopilació de laudes arbitrals i sentències judicials recollits als Serveis Territorials de Treball a Barcelona així com de la recopilació feta per la "Confederación sindical de CCOO" al volum "Elecciones sindicales: laudos y sentencias".

1. NORMATIVA D'APLICACIÓ I COMPETÈNCIES DE L'AUTORITAT LABORAL

Com ja hem avançat, els treballadors al servei de l'administració Local poden estar lligats a aquesta per una relació laboral o per una relació administrativa com a funcionaris públics. Dependrà, doncs, de la naturalesa de la seva relació de dependència per determinar quina normativa electoral li és d'aplicació.

Així, al personal lligat amb una relació laboral, li serà d'aplicació bàsicament allò establert a la Llei de l'Estatut dels Treballadors i al Reial decret 1844/94 de 9 de setembre pel que s'aprova el reglament d'eleccions a òrgans de representació dels treballadors a l'empresa.

Per contra, al personal funcionari li serà d'aplicació, de manera provisional fins que es desenvolupi l'art. 39 de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, la Llei 9/1987 de 2 de juny i el Reial decret 1846/1994 de 9 de setembre pel que s'aprova el reglament d'Eleccions als òrgans de representació del personal al servei de l'administració general de l'Estat.

S'ha analitzat també per la jurisprudència la possibilitat que mitjançant la negociació col·lectiva i els acords entre els sindicats promotors es puguin matisar o establir normes complementàries a allò establert a la normativa estatal especialment pel que fa a distribució dels electors en col·legis electorals, número de meses i funcions de les mateixes i requisits i formalitats del vot per correu. També correspon a aquest àmbit la possible regulació del vot mitjançant processos electrònics.

Un altre aspecte a tenir en compte són les competències que la legislació estableix per a l'autoritat laboral en els processos d'eleccions sindicals. D'aquestes competències, la més significativa, és la d'actuar com a registre públic, dipòsit i publicitat dels documents electorals que estableix el legislador. Igualment ha de donar suport al sistema d'arbitratge que s'estableix davant de determinades reclamacions fetes al procés electoral.

Voldria destacar que el Departament de Treball ha iniciat un projecte que permetrà que la comunicació amb l'oficina pública es pugui fer a través de mitjans electrònics. En una primera fase s'implantarà la comunicació telemàtica dels preavisos electorals especialment d'aquells comunicats per organitzacions sindicals. Posteriorment, es preveu la possibilitat de comunicació dels documents registra-les i d'impugnació arbitral. Igualment el projecte preveu que la publicitat als sindicats registrats es pugui realitzar a través d'un tauler virtual. També es podran consultar diferents dades segons el perfil de cada usuari. Aquest projecte ha de permetre d'una banda una millor fluïdesa en la comunicació entre els diferents agents implicats i l'administració i per una altra limitar els errors deguts a la mecanització manipulació manual dels diferents documents que s'hi presenten.

2. PRINCIPIS DE REGULACIÓ EN MATÈRIA D'ELECCIONS SINDICALS

La regulació del procés d'eleccions sindicals és molt minuciosa i detallada, en definitiva, és molt reglamentista. Malgrat aquest caràcter que podem comprovar amb una lectura de les normes sindicals, la realitat dels processos electorals és molt diversa. Per poder entendre diferents pronunciaments tan judicials com arbitrals o per donar solucions a situacions no previstes o no previstes del tot en les normes electorals, és imprescindible entendre quins principis presideixen aquesta regulació.

El Tribunal Constitucional, en diferents sentències (per exemple la 51/1988 i la 13/1997) ha considerat que la participació sindical en el procés electoral es tracta d'una facultat emparada en el dret a la llibertat sindical reconegut a l'art. 28 de la CE que suposa el dret a la promoció del procés i a la presentació de candidatures. Aquest dret s'ha d'exercir, com ja veurem, d'acord amb les normes d'aplicació, però suposa que qualsevol impediment u obstaculització al sindicat o als seus membres de participar en un procés electoral por constituir una violació de la llibertat sindical. Aquest aspecte l'haurem de reprendre quan analitzem el deure de col·laboració de l'administració en el procés electoral.

Les regles electorals tenen també com a objectiu assegurar el principi d'igualtat en la concurrència electoral facilitant la publicitat de les convocatòries, dels documents essencials i dels actes de les meses. Aquest objectiu fa que el procediment electoral sigui formalista per garantir aquest principi d'igualtat i l'objectivitat del resultat. No obstant, com recullen diferents laudes arbitrals, la jurisprudència interpreta les normes formals com a necessàries mentre donin seguretat i certesa

la procediment arbitral i mentre no suposin un obstacle a la manifestació de la voluntat del cos electoral. És a dir limitat pel dret de participació i de respecte de la voluntat de l'elector.

3. CANALS DE RECLAMACIÓ DELS INTERESSATS EN EL PROCÉS ELECTORAL

Les normes preveuen diferents canals de reclamació o de defensa d'interessos dels actors en el procés d'eleccions sindicals amb conseqüències dispars.

L'actor de les reclamacions ha de ser un interessat en el procés electoral ja perquè hi participa com a elector o elegible, perquè en pot rebre les conseqüències (sindicats que no participen al procés) i, en determinats supòsits l'empresa o en el nostre cas l'administració.

Bàsicament les vies de reclamació poden ser tres:

- Denúncia davant la Inspecció de Treball i Seguretat Social. Només possible en el cas d'eleccions a representants dels treballadors subjectes a una relació laboral. Es considera infracció molt greu la transgressió dels deures materials de col·laboració que imposin a l'empresari les normes reguladores dels processos electorals a representats dels treballadors. Es podrien considerar la comunicació del preavis, la designació dels membres de la mesa, la confecció del cens laboral, el facilitar un horari i un local per a la votació... El subjecte responsable d'aquesta infracció és l'empresa i, per tant, no poden ser objecte d'actuació inspectora els actes de la mesa o d'altres organitzacions sindicals o treballadors que obstaculitzin el procés electoral. No obstant, per exemple, hi ha pronunciaments judicials que entenen que la passivitat de l'administració no fent cap tràmit des la recepció del preavis suposen una vulneració de la llibertat sindical del promotor electoral.

Podríem assenyalar com a obligacions en el nostre cas de l'administració: comunicar a la mesa als representats dels treballadors i als promotors el preavis (procés laboral) i en el cas de funcionaris, fer el mateix i a més publicar en el tauló d'anuncis el preavis dura t com a mínim 12 dies hàbils.

- Demandes de tutela de la llibertat sindical davant de la jurisdicció competent (laboral o administrativa dependent del procés que es tracti) tenen per objecte que s'aturi la vulneració del dret i es repositi la situació anterior a aquesta vulneració.
- Impugnacions arbitrals sobre l'elecció o les decisions i actes d'elles sempre que hi hagi vicis greus que poguessin afectar el procediment electoral i que alterin el seu resultat, falta de capacitat o legitimitat dels candidats escollits, discordança entre l'acta i el desenvolupament del procés electoral, falta de correlació entre el número de funcionaris/treballadors que figuren a l'acta i el número de representants escollits. La interposició de la impugnació arbitral no suspèn el procés electoral en marxa. Els funcionaris poden escollir també el procés arbitral contra la denegació de la inscripció de les actes electorals, mentre que pels treballadors només cap la via de la jurisdicció social. Queden fora de la reclamació arbitral per aplicació de la Sentència de 6 de maig de 2006 dictada pel Tribunal Suprem en unificació de doctrina les impugnacions del preavis.

4. TEMES PROBLEMÀTICS

Com ja s'ha comentat el procés electoral és molt viu i les normes que el regulen han de ser interpretades en cada cas concret ja que hi ha una gran casuística de situacions que poden no encaixar en la norma o a la que es poden donar moltes interpretacions. Alguns dels temes són pacífics a les resolucions arbitrals i judicials, però d'altres segueixen oberts.

Hem triat una relació de situacions problemàtiques tenint en compte que hi ha temes que tenen major o menor incidència en els processos dependent de que es tracti de personal laboral o de

personal funcionari.

a. Cens laboral i cens electoral

El cens labora és el cens que ha de confeccionar l'administració que en el cas dels laborals ha d'incloure tots els treballadors de l'empresa amb una antiguitat mínima d'un mes. Pel que fa al personal funcionari ha d'incloure tots els funcionaris de la unitat electoral.

Pel que fa als laborals, els requisits per a ser electors s'han de tenir en el moment de la votació, és a dir, en aquell moment s'ha d'acreditar l'antiguitat mínima d'un mes.

Sembla cada vegada més pacífic en els pronunciaments judicials i arbitrals que el moment de referència per a elaborar el cens laboral, és el del preavis i no el de la constitució de la mesa (promoció eleccions front inici procés electoral). Aquest fet és determinant per poder decidir el nombre de representants a escollir. En algun supòsit pot donar-se el cas que hi hagi treballadors que no estan al cens laboral i, per tant no computen a l'hora de determinar el nombre de representants a escollir i que sí tenen dret a votar.

També són quasi unànimes els pronunciaments que entenen que s'han d'incloure al cens els treballadors acomiadats que han reclamat la nul·litat del seu acomiadament.

S'entén que han d'estar inclosos en el cens els treballadors contractats a través d'un pla d'ocupació i no els alumnes de l'escola taller.

És problemàtica i encara no s'ha resolt de manera pacífica la fórmula de còmput dels treballadors eventuais, segons el laude B-344/07 dictat per l'àrbitre Sr. Juan Ignacio Marín Arce: "(...) el art. 72.2 ET establece que a efectos de determinar el número de representantes, se estará a lo siguiente: "a) quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla. b) los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el periodo de un año anterior a la convocatoria de elecciones. Cada doscientos días trabajados o fracción se computará como un trabajador más".

En primer lugar, hay que señalar que el apartado b) transcrito no contempla limitación alguna a los contratados a que se refiere, por lo que ha de entenderse que lo son todos los que lo han sido por la empresa en el plazo del año establecido, sin distinción sobre su permanencia o no en alta en la empresa en el momento de la convocatoria electoral. Es claro que si el legislador así lo hubiera querido, hubiera hecho la salvedad y no lo ha hecho.

Pero, además, conviene reflexionar sobre la razón que lleva al legislador a contemplar este especial mecanismo de cómputo, que no es otra que las importantes fluctuaciones de plantilla que en algunas empresas se producen a lo largo del año y que pueden conducir al infradimensionamiento de los órganos de representación por coincidir el momento de la elección con el de plantilla inferior. De no tenerse este hecho en cuenta, quedarían penalizados comparativamente los trabajadores (y sus representantes) con respecto a empresas con plantilla más estable, por lo que se recurre a este cómputo "medio".

Cierto es que la aplicación del denominador 200 puede dar lugar, por el contrario, a una sobrecuantificación en el caso de que el número medio de jornadas realmente trabajadas superara la cifra de las 200, por lo que en el art. 9.4 del RD 1844/1994, reglamento electoral, se prescribe la limitación de que, "cuando el cociente (...) sea superior al número de trabajadores que se computan, se tendrá en cuenta, como máximo, el total de dichos trabajadores que presten servicio en la empresa en la fecha de iniciación del proceso electoral" . Esta última mención a los trabajadores en activo es la que puede introducir confusión en la interpretación del alcance de los contratados a tener en cuenta para el cómputo. Pero sólo se refiere, para limitarlo, al caso de que el resultado de la operación arroje una cifra superior al de trabajadores cuyas jornadas se computan.

No existe duda, sin embargo, sobre la forma de aplicar el precepto cuando el número de trabajadores que han estado prestando servicios durante el año anterior mediante contratos de duración inferior al año es superior al resultado obtenido de la división. En todo caso, lo que siempre hay que tener en cuenta es que se trata de un precepto reglamentario que no puede modificar en un sentido restrictivo la norma legal que desarrolla. Y recordemos que, como se ha dicho más arriba, el art. 72.2b) ET no contempla limitación alguna, sin distinción sobre su permanencia o no en alta en la empresa en el momento de la convocatoria electoral. Si se entendiera de forma contraria, ningún sentido tendría el precepto: esa interpretación podría conducir, incluso, a la reducción del cómputo por debajo del número de trabajadores presentes en la empresa en el momento de la convocatoria (caso de media de permanencia en la empresa de los eventuales por debajo de 200 días en el año anterior).

Por lo que se concluye que, a efectos del cómputo de número de representantes a elegir, han de tenerse en cuenta las jornadas trabajadas el año anterior a la convocatoria electoral por todos los trabajadores con contrato de duración inferior a un año”.

Por ello el total de trabajadores a tener en cuenta para determinar el número de representantes a elegir es de 50 (41 fijos, más 2 eventuales presentes, más 7 no presentes).

Altres laudes que recolzen aquesta tesis són B-96/07, B-344/07 i B-100/08.

b. Requisites de les candidatures i possibilitat de subsanació

Els requisits que han de complir les candidatures en el cas de comitès d'empresa o juntes de personal dóna lloc a múltiples situacions lligades al manteniment o acreditació d'aquests requisits. Si són presentades per organitzacions sindicals els requisits que s'han d'acreditar es refereixen al nombre de candidats en relació als llocs a cobrir. Pel que fa a les llistes presentades per grups de treballadors, a més s'han de complir els avals determinats. Entenc que en aquest cas, la manca dels avals necessaris no és subsanable i s'ha d'acreditar en el moment de presentació de la candidatura, ja que és un requisit substancial equivalent a la legal constitució de l'organització sindical.

Possibilitat de subsanar la candidatura entre la presentació i la proclamació definitiva, laude B 351/07: “De acuerdo con diferentes sentencias del Tribunal Constitucional (podemos citar entre otras las Sentencias 51/1988 y 13/1997) la presentación de candidaturas en elecciones laborales es una actividad sindical amparada en el art.28 de la Constitución Española, es decir, se trata de una facultad amparada en el derecho a la libertad sindical. No dar la posibilidad de subsanar el vicio de la candidatura sólo sería aceptable en el caso de que esta actuación protegiera derechos o intereses constitucionalmente previstos de los demás agentes que concurren al proceso. La norma prevé sólo que si una candidatura pierde miembros pero cubre al menos el 60% de los puestos a cubrir ello no dará lugar a la suspensión del proceso electoral ni la anulación de la candidatura. Este precepto no puede interpretarse a sensu contrario, de manera que proceda la suspensión del proceso electoral y la anulación de la candidatura cuando ello no sea así de manera automática y sin más. Procede por ello, de acuerdo con la tesis del Tribunal Constitucional dar la posibilidad al sindicato de subsanar la lista dando la mesa un plazo adecuado para ello.

En el caso que nos ocupa parece que las renunciaciones (que las partes interesadas no conocieron hasta la comparecencia ante quien suscribe) se recibieron por la mesa desde el día 7 de noviembre. En concreto, hay 8 renunciaciones de las que la mitad son de fecha 7 de noviembre. Sorprende asimismo que exista un candidato(...), que renuncia dos veces, una el día 7 y otra el día 9 de noviembre. Siendo todas las renunciaciones manuscritas, sorprende también que la letra del Sr. (...) sea distinta el día 7 de noviembre y el día 9 de noviembre. La mesa no advirtió ni siquiera dio vista o copia de las renunciaciones al sindicato promotor de la lista afectada para que, en su caso, intentara corregir los defectos en que incurría la lista.

El art. 8.1 del reglamento prevé que la mesa electoral, antes de la proclamación definitiva de los candidatos, podrá requerir la subsanación de los defectos observados o la ratificación de los candidatos. Cuando la mesa conoció las renunciaciones, debió comunicar al sindicato interesado, (...), tal situación ya que era anterior al plazo de proclamación definitiva de candidaturas. No comunicando la renuncia de los candidatos del día 7 a (...) impidió que este sindicato intentara completar su candidatura. Igual ocurre con las renunciaciones del día 9 presentadas antes de la proclamación definitiva de candidatos.

A la fecha de la proclamación de candidaturas éstas deben estar completas ya que el art. 72.2 a) de la LET señala que las candidaturas deberán contener, como mínimo, tantos candidatos como puestos a cubrir. Una vez proclamadas y antes de la fecha de votación no podrán anularse las candidaturas que pierdan candidatos siempre que se mantengan el 60% de los puestos a cubrir.

Lo señalado anteriormente y el hecho de que la mesa debió comunicar desde el día 7 las renunciaciones registradas al sindicato interesado no contradice lo expuesto en la STC 13/1997 que, señala de manera expresa “este tribunal también ha declarado en general el carácter subsanable de las irregularidades y errores en la presentación de candidaturas y, en concreto, en el Supuesto de presentación de listas incompletas”.

c. Vot per correu

El vot per correu es regula a l'art. 10 del reglament per personal laboral i a l'art. 19 del reglament de personal funcionari.

L'art. 10 estableix que quan un elector prevegi que en la data de votació no estarà en el lloc que li correspongui, podrà emetre el seu vot per correu prèvia comunicació a la mesa 5 dies abans de la data de votació. La comunicació s'haurà de fer a través de l'oficina de correus sempre que es presenti en sobre obert per ser datada i segellada pel funcionari de correus abans de ser certificada, exigint aquest el DNI. La comunicació també podrà ser efectuada en nom de l'elector per persona degudament autoritzada, que haurà d'acreditar la seva identitat i la representació bastant. Un cop fet això, la mesa si està a la llista d'electors, remetrà a l'elector les paperetes el sobre on ha d'introduir el vot. L'elector col·locarà el vot dins del sobre i aquest sobre i la fotocòpia del DNI la posarà en un altre sobre i l'enviarà per correu certificat a la mesa electoral. Si el vot arriba tard es crema.

L'art. 19 és còpia literal de l'art. 10 ja transcrit.

El vot per correu és font de moltes resolucions arbitrals ja que no està exent de problemàtica. De manera general cal admetre que la legislació electoral que analitzem només accepta el vot per correu quan no és possible fer-ho presencialment. Que es doni aquest requisit es considera que és tasca de la mesa en el moment de rebre la sol·licitud.

Un altre focus de conflicte és que cal entendre per “representació bastant”, sembla que s'imposa la tesi menys rigorista que entén que es tracta de qualsevol tipus d'autorització que acrediti l'apoderament. No obstant hi ha una línia d'interpretació que entén, per analogia al procés electoral general, que s'ha de tractar de poder notarial especial o a través d'autorització signada davant notari.

S'admet també habitualment que una mateixa persona representi a diferents electors i efectui les comunicacions en nom d'aquests ja sigui un agent d'un sindicat, un candidat o altres persones sempre que no es desvirtui la llibertat de vot i el secret del sufragi.

Hi ha diferents interpretacions també sobre la possibilitat de comunicar que es votarà per correu de manera directa davant la mesa ja sigui l'elector com el seu representant. S'accepten normalment modalitats diferents de les legals sempre que s'hagi acordat pels candidats o els sindicats que intervenen en el procediment amb coneixement de la mesa.

2a

sessió

29/10/10

La negociació col·lectiva laboral en l'administració pública. Límits i abús en el resultat de la negociació: la intervenció dels poders públics.

Xavier Boltaina Bosch, professor de Dret Administratiu i director de RRHH de l'Organisme de Gestió Tributària de la Diputació de Barcelona.

LA NEGOCIACIÓ COL·LECTIVA LABORAL EN L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA. LÍMITS I ABÚS EN EL RESULTAT DE LA NEGOCIACIÓ: LA INTERVENCIÓ DELS PODERS PÚBLICS

Xavier Boltaina Bosch

Professor de Dret Administratiu
director de RRHH de
l'Organisme de Gestió Tributària
Diputació de Barcelona

I.- Introducció.....	1
II.- Els límits del conveni col·lectiu com instrument regulador de les condicions de treball del personal laboral a les Corporacions locals.: en especial en l'àmbit retributiu.....	1
II.- Els límits del conveni col·lectiu com instrument regulador de les condicions de treball del personal laboral a l'Administració: afectació de les condicions més enllà dels aspectes retributius (I).....	2
III.- Els límits del conveni col·lectiu com instrument regulador de les condicions de treball del personal laboral a l'Administració: afectació de les condicions més enllà dels aspectes retributius (II).....	3
IV.- El perill per al correcte manteniment del servei públic com a conseqüència de la negociació col·lectiva.....	4
V.- A tall de conclusió.....	5

I.- Introducció.

Al llarg de l'any 2010, els empleats públics espanyols, sotmesos a diferents règims jurídics –funcionaris, laborals, estatutaris, etc.- han vist afectades les seves condicions de treball per tot un seguit de mesures. Algunes de caràcter general, com ha estat la reducció de les seves retribucions mitjançant un Reial Decret Llei convalidat pel Govern; en d'altres casos, si bé de manera puntual però amb gran transcendència pública, com és el cas dels controladors aeris, per la intervenció del poder públic no sols mitjançant la declaració de l'estat d'alarma davant d'una massiva vaga encoberta que tenia com a finalitat posar en situació d'escac al govern de la nació, sinó amb mesures prèvies, on a través de decisions amb rang de llei es va afectar substancialment la negociació col·lectiva vigent en el sector públic esmentat.

En aquest sentit, en les següents línies analitzarem alguns d'aquests aspectes, en especial des de la perspectiva de les relacions laborals *strictu sensu*, es a dir, de l'ús d'aquesta negociació col·lectiva per part del personal laboral, les distorsions i excessos de la negociació, i els límits legals i constitucional en la intervenció dels poders públics a l'hora de corregir aquests resultats.

II.- Els límits del conveni col·lectiu com instrument regulador de les condicions de treball del personal laboral a les Corporacions locals.: en especial en l'àmbit retributiu.

El conveni col·lectiu es una norma amb força vinculant i es permet mitjançant ell desenvolupar la llei o complementar-la, també en l'àmbit de les Administracions Públiques. No obstant, aquesta interrelació entre conveni col·lectiu i relacions laborals públiques té ja consolidada una forta jurisprudència limitadora.

1. El supòsit més clar, i ja fora de cap tipus de dubte jurídic, és el que l'Estat pot limitar els increments salarials que afecten al personal de les Administracions Públiques, sigui quin sigui el seu règim jurídic. Aquest límit no vulnera l'art.14 de la Constitució, que parla del principi d'igualtat, ni tampoc el dret de la negociació col·lectiva recollit a l'art.37.1 de la Carta Magna, com així varen indicar les SSTC 58/1985,

63/1986 i 96/1990. Es a dir, el conveni col·lectiu, en l'àmbit públic, solament pot jugar i té força vinculant allà on la Llei li permet (STC 210/1990).

2. La incidència de la Llei sobre els convenis col·lectius del personal laboral ja vigents és una de les qüestions jurídicament més interessants, doncs sovint s'ha al·legat un "*trencament de l'equilibri intern del conveni col·lectiu*" quan aquesta llei afecta a allò negociat. Val a dir que generalment aquesta al·legació es fa des de la part de l'Administració, en especial en els darrers anys quan ha estat aquesta l'afectada per tot un seguit de normes, en l'àmbit públic, que han reconegut drets als empleats públics, no previstos en els convenis col·lectius i acords de funcionaris vigents; la Llei 8/2006 a Catalunya es un bon exemple. Però la reflexió es pot fer també en sentit contrari, com ha estat la reducció de les retribucions establerta pel govern durant l'any 2010.

La STS de 21 de març de 2002, de la sala contenciós-administrativa, va establir amb claredat que l'Administració Pública no està vinculada per un conveni col·lectiu si amb posterioritat una llei modifica determinades condicions laborals. En el cas en qüestió es tornava de nou a debatre el règim retributiu. Però aquesta consideració també ha estat acceptada per la jurisdicció laboral; les STS de 18 de gener de 2000 i 27 d'octubre de 2004, varen afirmar diversos principis que són importants de recordar, però tot un seguit de posteriors pronunciaments han anat modulant aquesta idea central que estem seguint:

- a) la més gran jerarquia de la Llei sobre el conveni col·lectiu, malgrat que aquest també es fonamenti en la pròpia Constitució. La llei prima en aquells aspectes que tenen un caràcter inderogable, inalterable i indisponible (STS 20-12-2007).
- b) els convenis col·lectius s'integren en l'ordenament jurídic, però han de respectar les normes de dret necessari fixades per la llei, "*que en raó de la superior posició que ocupa en la jerarquia normativa, pot desenvolupar una virtualitat delimitadora de la negociació col·lectiva i pot, igualment, de forma excepcional reservar-se per a si mateixa determinades matèries que resten excloses, per tant, de la negociació col·lectiva*" (STC 58/1985).
- c) la negociació col·lectiva no pot entendre's com quelcom petri, que exclogui i sigui immodificable, "*doncs això suposaria frenar l'evolució i el progrés del dret del treball i convertir allò negociat en dret necessari absolut*", fins el punt que tot seria tan necessari i indisponible com tants convenis col·lectius públics haguessin (STC 58/1985).
- d) les possibles alteracions (salarials) que es pugui produir en la negociació col·lectiva solament poden ser assumides per l'Administració si respecten els topalls o límits fixats per la llei.

3. Els poders públics poden intervenir sobre la negociació col·lectiva i encara més si és una Administració Pública l'afectada. L'Administració es regeix pel principi de legalitat, i aquest principi és per damunt del principi d'autonomia col·lectiva, tot d'acord amb l'art.103.1 de la Constitució.

Aquest principi no solament es dona en aspectes nuclears, sinó també en els procediments negociadors. La STS 22-12-2008 va haver d'analitzar si l'exigència de la Llei de Pressupostos que fixen, com a requisit constitutiu per a la validesa dels convenis o acords col·lectius subscrits per les Administracions, l'informe favorable d'un determinat òrgan de l'entitat pública (en el cas de l'Administració General de l'Estat, del Ministeri d'Hisenda), era constitucional. La conclusió va ser rotundament afirmativa, ja que es tracta de normes la finalitat de les quals es garantir els límits fixats per la Llei i també evitar que es puguin sobrepassar aquests límits mitjançant la negociació col·lectiva.

II.- Els límits del conveni col·lectiu com instrument regulador de les condicions de treball del personal laboral a l'Administració: afectació de les condicions més enllà dels aspectes retributius (I).

1. Resta clar que l'Estat pot intervenir en la modulació del règim retributiu dels empleats públics i també que la negociació col·lectiva en l'àmbit públic es pot veure afectada per determinades especialitats. No obstant, al llarg de l'any 2010, es va donar peu a un supòsit extraordinàriament important, quan el Govern, a través de Reial Decret Llei, actuà sobre les condicions laborals d'un col·lectiu específic d'empleats sotmesos a règim laboral, però inclosos dins de l'àmbit del sector públic: els controladors aeris. No ens referim a la intervenció en la crisi de l'espai aeri soferta per Espanya el 3 de desembre de 2010 a través de la declaració de l'estat d'alarma –fet per primer cop en la història de la democràcia espanyola–, sinó en l'anterior intervenció pública sobre el conveni col·lectiu, deixant sense efecte, a través de Reial Decret Llei aspectes que eren vigents via negociació col·lectiva, i que en principi fins aquell moment eren plenament legals ja que no contradien cap norma indisponible.

2. En aquest específic conflicte, l'al·legació sindical era que la intervenció del poder legislatiu sobre les condicions pactades en un conveni, trencava de forma irraonable i desproporcionada el manament constitucional que obliga també al Govern i al Parlament a respectar els drets fonamentals.

Per als tribunals de justícia, cap dret fonamental és absolut, o, en tot cas, tots els drets són limitats; fins i tot els drets fonamentals. El límit d'aquests ho són en base a la necessitat de fer-los compatibles amb els altres drets i béns jurídics protegits per la Constitució.

Si l'Estat intervé, via llei, ho ha de fer de manera ponderada; la restricció de drets fonamentals ha de tenir suport en la pròpia Constitució. En aquest sentit, no s'hi val una al·legació de que aquesta restricció es fruit d'interessos apreciats per una majoria parlamentària. Ha d'haver-hi un "*interès crucial per a la comunitat*", que no solament s'ha d'invocar, sinó que ha de ser real, i solament així es justifica la seva restricció.

En aquest sentit, l'Audiència Nacional, en sentència (SAN) de 10 de maig de 2010 recorda els tres principis que constitucionalment s'han assenyalat com eixos centrals per avalar una restricció d'un dret fonamental:

- a) intervenció adequada per assolir la finalitat que es proposa.
- b) intervenció necessària i que no hagi d'altra menys feixuga.
- c) intervenció proporcionada en sentit estricte, és a dir, que no hi hagi un sacrifici excessiu del dret o interès sobre el que es produeix la restricció del dret.

3. La negociació col·lectiva prevista en l'art.37.1 de la Constitució no es un dret fonamental per si mateix, ja que no està inclòs en la secció primera del capítol segon del Títol primer del text constitucional (arts 15 a 29). No obstant, com el dret de la negociació col·lectiva s'integra en el dret de llibertat sindical, si ho serà com component d'aquesta llibertat reconeguda als sindicats i emparada per l'art.28.

Des d'aquesta òptica, el dret a la negociació col·lectiva forma part del contingut essencial del dret de a llibertat sindical, ja que aquesta negociació es un mitjà necessari per exercir l'acció sindical. El dret a la negociació col·lectiva, a més a més, s'integra dins dels drets d'activitat i d'acció dels sindicats per tal de que el sindicat pugui exercir la seva activitat, com a nucli mínim i indispensable de la llibertat sindical.

En el conflicte referit dels controladors, el sindicat afectat va al·legar que una intervenció del poder públic sobre les condicions pactades en el conveni col·lectiu, privant de determinats drets fruit de la negociació estatutària del Títol III de l'Estatut dels Treballadors, contradeia el contingut essencial de la llibertat sindical, el dret a la negociació col·lectiva i al dret a la vaga.

La SAN de 10 de maig de 2010 va ressaltar una qüestió no menor: en general la restricció de drets d'aquesta mena es produeixen, en l'àmbit públic, a través de decisions administratives o fins i tot per decisions judicials, però es poc freqüent que sigui el poder públic, a través d'una llei, el que ho faci. No obstant això es vàlid en el nostre ordenament, fins i tot quan afecta a col·lectius específics, restringir-hi drets, sempre i quan hi hagi situacions excepcionals que posin en perill d'altres béns i drets protegits per la Constitució. Com va indicar la STS de 16 de gener de 2008, el fet de que la llei encomani a la negociació col·lectiva la regulació de determinades condicions de treball, "*no impedeix ni exclou la seva pròpia competència per intervenir en casos especials o excepcionals*".

III.- Els límits del conveni col·lectiu com instrument regulador de les condicions de treball del personal laboral a l'Administració: afectació de les condicions més enllà dels aspectes retributius (II)

Tot el que hem dit anteriorment ens porta a la reflexió jurídica sobre els excessos en la negociació col·lectiva pública. Es cert que l'exemple del conveni col·lectiu dels controladors aeris espanyols és un cas extrem, però també es veritat que podríem trobar convenis col·lectius de les Administracions i sector públic on de manera clara i evident, dins del respecte de la llei del moment, els negociadors públics han fet autèntica dexació de les seves obligacions i el resultat negociador es clarament favorable als empleats públics, que es veuen beneficiats de condicions de treball que, en últim extrem, recauen sobre les finances públics i el ciutadà privat contribuent.

En aquest sentí, es important ressaltar alguns aspectes a tenir en compte.

1. Hi ha tot un seguit de serveis públics que són essencials per a la ciutadania. La jurisprudència constitucional ho ha tractat sovint des de la inicial sentència d'abril de 1981 del Tribunal Constitucional. La seva mala gestió o el trencament del seu funcionament poden perjudicar greument als ciutadans, a la economia nacional o d'altres drets fonamentals si com a tal servei públic no es presta adequadament.

En el litigi que resol la SAN de 10 de maig de 2010 s'indica que el resultat de la negociació col·lectiva a AENA –l'entitat encarregada de tutelar el servei públic essencial de trànsit aeri- donava peu a una ineficiència en la prestació d'aquest servei. Els informes interns, acceptats per la jurisdicció, indicaven que el resultat de la negociació col·lectiva en aspectes tals com l'organització, el poder de direcció i la jornada de treball, i els costos econòmics que se'n derivaven, feien d'AENA –una entitat pública- la més ineficient de la Unió Europea i a més a més, incapaç de complir les obligacions marcades pels països europeus del nostre voltant. En aquests informes s'indicava amb claredat, i el Tribunal ho declara provat, que les diferències entre AENA i la resta de gestors del tràfic aeri europeu com França, Alemanya, Regne Unit i Itàlia – principals proveïdors de serveis de navegació aèria d'Europa- eren absolutament negatius per a Espanya,

fins el punt que feien impossible assolir els objectius de la xarxa europea de gestió del trànsit aeri i comportaven l'incompliment dels Reglaments comunitaris. Davant d'això, la conclusió era la necessitat d'una intervenció pública. Per tant, la sentència pren en consideració, en primer lloc el fet de què per diverses raons, el resultat de la negociació col·lectiva en l'àmbit públic ha donat peu a un servei públic clarament ineficient i no sostenible.

2. La pròpia sentència analitza alguns aspectes d'aquesta negociació i el que es pot considerar un perjudici. A tall d'exemple:

- a) costos totals de gestió del servei públic desproporcionats en relació a d'altres països europeus.
- b) costos salarials per hora treballada, també absolutament desmesurats. En el cas en qüestió, es fa referència que una hora de treball per controlador a Espanya era de 184 euros, en tant que a França per exemple eren de 79 euros.
- c) els nivells de productivitat per empleat, essent les espanyoles les més baixes, en un punt mínim de ratio hora de vol/hora controlador de 0,55, comparant-se amb la millor que era de 0,95 (Regne Unit).
- d) els costos anuals per empleat més elevats de la Unió Europea. En el cas en qüestió, la mitja era de més de 340.000 euros/any, en tant que Alemanya, essent la més cara de la resta dels grans països de la Unió Europea examinats se situava en 158.000 euros. L'hora treballada per controlador a AENA era de 191 euros, es a dir, dues vegades i mitja més alta que la mitja europea.

L'anàlisi d'eficiència és també important per a la sentència, ja què es conclou que com a tal entitat pública, es difícil de mantenir la seva sostenibilitat econòmica i financera, li impedeix competir de forma adequada i porta com a resultat una organització en crisi.

3. Encara que els anteriors arguments estan centrats en una entitat pública molt concreta, i amb uns paràmetres molt específics, són importants perquè ens porten a tot un seguit de referències i conclusions que entenem son extrapolables als desgavells i excessos de la negociació col·lectiva a l'Administració Pública i que són importants de ressaltar.

Així la jurisdicció entén que si el resultat de la negociació col·lectiva ha dut com a resultat una situació tan precària per al manteniment del servei públic, el fet de què el legislador intervingui no sols es obligat, sinó que pot esdevenir "*imprescindible*". Davant l'argumentació sindical que la llei dictada era una llei "*de cas únic*", el Tribunal estableix que davant un servei públic i una situació com l'esmentada, el legislador té competència per dictar una llei que reguli la prestació del servei públic, de forma "*inexcusable*" per a dues raons bàsiques: per què es un servei essencial, per garantir la seva continuïtat, ja què tot plegat "*s'ha posat en clar perill com a conseqüència de la negociació col·lectiva*".

IV.- El perill per al correcte manteniment del servei públic com a conseqüència de la negociació col·lectiva

La SAN de 10 de maig de 2010 realment es significativa pel que suposa en aquest darrer apartat que comentarem. No es el cas, comentat a l'inici, d'una negociació col·lectiva que queda disminuïda o restringida a conseqüència d'una decisió del legislador, sinó a l'inrevés. Una negociació que posa en perill el servei públic i obliga al legislador a actuar. Els paràmetres del raonament judicial cal emmarcar-los en els següents apartats:

1. La negociació col·lectiva, encara que dret constitucional derivat de la llibertat sindical, pot arribar a posar en perill, fins i tot en "*clar perill*" la garantia de continuïtat del servei públic.

Això porta a considerar la situació com un "*fracàs evident de la negociació col·lectiva*", que ja no assumeix una garantia institucional en els termes de l'art.37 de la Constitució, que comporta dos fets no assumibles per a una empresa o Administració prestadora de serveis públics: en primer lloc, la multiplicació "*geomètrica*" dels drets d'un col·lectiu d'empleats "*amb gran poder de contractació*"; d'altra, que es trenca el principi de que la negociació col·lectiva també té com a finalitat garantir la competitivitat de les empreses i la seva adaptació als requeriments del mercat.

Pel contrari, si la negociació el que fa és que una empresa –en aquest cas, una entitat pública- sigui ineficient però els seus empleats públics obtenen retribucions escandaloses i gaudeixen de condicions de treball "*en les que el poder d'organització, planificació, direcció, gestió, supervisió i control de la prestació dels dits serveis es cogestiona en el millor dels casos i es desplaça individualment als propis [empleats públics] en el pitjor dels casos*", la negociació com a tal ha deixat de complir la seva funció fixada per la Constitució.

Aquesta consideració és extraordinàriament important, ja què se situa la possibilitat de negociació, fins i tot quan els acords són legals, en un límit, i es que en cap cas pot suposar un trencament de la seva "*funció constitucional*" i aquesta és, en tot cas, no sols protegir i millorar els drets dels treballadors, sinó també, i molt important, evitar la crisi de l'empresa i en el cas del sector públic, trencar l'equilibri i la qualitat del servei

que es presta. En aquest sentit, la sentència arriba a indicar que el Conveni Col·lectiu analitzat únicament té un denominador comú, on sempre es primen els interessos individuals dels empleats públics i mai el servei públic, fins el punt d'afirmar que aquest servei públic *"resulta pretèrit davant qualsevol col·lisió amb els interessos de la categoria"*. Un avís important als negociadors del sector públic, en tot els seus nivells.

2. La negociació col·lectiva tampoc pot justificar que el poder de direcció i control de l'activitat laboral, encomanada a la direcció d'una empresa o a l'Administració Pública, passi a ser assumit per òrgans diferents, com els estrictament sindicals o de cogestió. Ara bé, cal preguntar-se si això seria absolutament il·legal en tots els casos, i la resposta és negativa, si bé amb importants matisos.

La jurisdicció no prohibeix absolutament aquest desplaçament del poder de direcció i control. De fet, en el cas analitzat, fins i tot es podria justificar malgrat que segons l'Audiència Nacional, el conveni col·lectiu dels controladors es *"indubtablement la millor regulació de les condicions de treball per a una categoria de treballadors, que s'ha produït mai en la història de la negociació col·lectiva espanyola"*. Això, encara així, seria legal i acceptable, sempre i quan la viabilitat de l'entitat, en el sentit de viabilitat econòmica, la garantia del servei públic i la seva continuïtat o l'establiment de mesures de privilegi –com el fet de que a partir dels 52 o 55 anys es pugui deixar de treballar mantenint el sou complet- no es trenqués. Però en el cas en qüestió això no era així i per tant, es conclou que un cop s'han identificat les línies mestres d'una determinada negociació col·lectiva, i les conseqüències que esdevenen d'aquesta negociació, queda clar que el poder públic, a través del legislador, ha d'intervenir, en ser aquesta intervenció necessària, adequada i proporcionada amb caràcter general.

3. Cal valorar si una situació d'aquesta mena perllongada en el temps, trenca la necessitat d'intervenció. Això es rebutjat per la jurisdicció. Es a dir, la perllongació en el temps d'uns privilegis fruit de la negociació col·lectiva, quan posen en perill el servei públic i les contrapartides són absolutament favorables per als empleats públics, no poden ser permeses per l'Administració. Es a dir, una reflexió acurada sobre la sentència ens porta a concloure que no sols es que es factible la intervenció, sinó que davant d'un estat d'anormalitat, d'*"un estat d'excepció permanent"*, cap Administració Pública responsable pot tolerar, ja que està sotmesa al principi de legalitat, tot d'acord amb l'art.103.1 de la Constitució. La intervenció del legislador pot ser, no sols necessària, sinó també imprescindible per a un retorn adequat al que la jurisdicció anomena *"normalitat"*.

4. Un altre aspecte a tenir en compte es fins a quin punt es pot entendre que la negociació no duu enlloc, i s'ha de considerar esgotada, quan l'Administració vol redreçar una situació viciada.

El Tribunal entén que la negociació es pot considerar trencada, fallida o fracassada quan es donen tot un seguit de paràmetres.

En primer lloc, la negociació col·lectiva esdevé en fracàs quan el cúmul de reunions al voltant d'una qüestió es perllonga en el temps. En el cas en qüestió, es considerarà que setanta-cinc reunions amb fracàs negociador es un símptoma indubtable de que la negociació col·lectiva no es ja un canal institucionalment viable per resoldre una qüestió. Exemples d'aquesta mena es podrien trobar en molts ens locals.

Per altra banda, les conseqüències de la no intervenció i el recurs simple a la via judicial per redreçar una situació pot ser la no més aconsellable de les solucions. Es important ressaltar aquí que, sent il·legals tot un seguit d'acords i pactes, la seva impugnació judicial pot portar en ocasions a l'aplicació d'un conveni col·lectiu originari –legal- que esdevé contraposat amb el manteniment d'un servei públic. Es a dir, sovint convenis col·lectius *"legals"* però ja de per si absolutament extrems i perjudicials amb l'Administració, són desenvolupats per acords i pactes extra-estatutaris impugnables, però que la seva anul·lació judicial pot portar de nou a l'aplicació d'un conveni col·lectiu originari clarament perjudicial.

En el cas en qüestió, es parla en la sentència de *"caos aeri"* possible si s'anul·len pactes extraestatutaris i s'aplica el conveni estatutari, perjudicial també, però es una idea clarament extrapolable a d'altres serveis públics. Davant d'una situació així, més que la solució judicial –encara que doni la raó a l'Administració- la única possible alternativa és la intervenció del legislador dictant una llei reguladora de les condicions de treball.

Importa també valorar si la intervenció per part del poder públic es sempre o no proporcionada. El drets reconeguts per un conveni col·lectiu estatutari poden ser restringits pel legislador, sempre i quan sigui el sacrifici mínim possible que permeti garantir la continuïtat del servei públic.

V.- A tall de conclusió

Hem volgut analitzar la situació derivada del conveni col·lectiu dels controladors aeris espanyols i tota la problemàtica que l'envolta com a punt de partida per anar a una reflexió general, perquè més enllà de que ha estat una qüestió prou coneguda per la ciutadania espanyola, especialment pel perjudici que es va provocar el dia 3 de desembre de 2010 a tot l'espai de navegació aèria espanyola i la seva repercussió a

tota Europa i d'altres vols amb anada i tornada d'altres continents, pel que significa a l'hora d'enjudiciar els límits de la negociació col·lectiva.

En l'àmbit local, seria potser impossible trobar un text convencional que portés tan al límit el trencament del servei públic en benefici dels empleats. No obstant, es prou conegut que sovint, fruit de la negociació col·lectiva, laboral o funcional, s'han establerts drets, regulacions o paràmetres de funcionament de l'Administració que topen d'una manera més o menys oberta amb un correcte manteniment del servei públic, a vegades en relació a tota la plantilla, però sovint també a favor d'alguns col·lectius d'empleats públics amb molta capacitat de pressió.

És evident que la referida sentència de l'Audiència Nacional fa esment de la possibilitat de l'actuació judicial per endreçar aquests desgavells, i també es cert que reflexiona sobre la inviabilitat de la solució judicial en molts casos, ja que el resultat pot ser més perillós per aquest servei que el manteniment de les regles negociades, ja que l'aplicació d'allò que es correcte –text convencional estatutari- pot ser tant o pitjor que d'altres pactes posteriors de desenvolupament.

Tanmateix, la intervenció del poder públic es pot fer a vegades no solament necessària sinó també imprescindible. Ara bé, un cas com l'esmentat dels controladors aeris en l'any 2010, fruit per altra banda d'una negociació col·lectiva pervertida per un sindicat corporativista i d'una direcció política claudicadora al llarg no sols d'anys sinó de dècades, no es fàcilment traslladable a les nostres Administracions Públiques, ja que l'anomenada intervenció pública no es tan fàcil ser sol·licitada, ja que és la llei estatal la que regula les relacions laborals en el cas del personal laboral, i la llei estatal o autonòmica en el cas dels funcionaris.

Però cal esmentar, que el supòsit enjudiciat no està tan allunyat de possibles solucions o actuacions dels poder públic. La reducció de les retribucions dels empleats públics durant l'any 2010 en base a la crisi financera de les Administracions es una petita mostra. La possibilitat de que el legislador –en via laboral o funcional- fixi condicions de treball que impliquin la pèrdua de virtualitat de molts convenis col·lectius o acords de funcionaris que legal o il·legalment han superat els límits del que es raonable no és, per tant, quelcom tan allunyat d'una possible actuació política.

3^a

sessió

26/11/10

Els processos de selecció: aplicació de l'EBEP 3 anys després de la seva entrada en vigor a la negociació col·lectiva i a les bases de selecció.

Jorge Fondevila Antolín, cap de l'assessoria jurídica de la Conselleria de Presidència i Justícia del Govern de Cantàbria.

Les relacions laborals del sector públic local: eficàcia dels directius i cogestió sindical.

Joan Mauri Majós, professor de dret administratiu de la Universitat de Barcelona.

LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS TRES AÑOS DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 7/2007 EBEP: REFLEXIONES SOBRE ALGUNAS DE LAS CUESTIONES MÁS REPRESENTATIVAS EN SU APLICACIÓN.

Jorge Fondevila Antolín
Cap de l'Assessoria jurídica
Conselleria de Presidència i Justícia
Govern de Cantabria

A) El ámbito de aplicación del EBEP y en especial, sus peculiaridades con relación a la selección de los empleados públicos..... 3

1.- Consideraciones Generales sobre el Ámbito de Aplicación.	3
2.- Examen de las especialidades locales, con relación a los entes instrumentales.	4
3.- La aplicación limitada del EBEP, al resto de entidades del sector público (Disposición Adicional Primera).	5
4.- Breve reflexión sobre las consecuencias jurídico materiales de la aplicación parcial a todos los entes instrumentales reconocidos por la Disposición Adicional primera del EBEP.	6
A) Principios Constitucionales: Igualdad, Mérito y Capacidad.	7
B) Principios de carácter legal (EBEP) o de naturaleza procedimental.	8
5.- Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.	10

B) LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS 13

1.- Caracteres Generales de los órganos de selección (artículo 60.1 del EBEP).	13
2.- La composición de los órganos de selección:.....	16
A) Análisis de la cuestión de la exclusión del personal de elección y designación política (Artículo 60.2 del EBEP).	16
1º) Exposición de la valoración de la Doctrina Administrativa.....	16
2º) Estudio y Evaluación de la su aplicación.	19
3.-La exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás personal de representación (artículo 60.3 del EBEP).	22
I.- Introducción: La Génesis de la propuesta de Exclusión y examen de la "ratio legis" del precepto aprobado.....	22
II.- Examen de los fundamentos jurídicos que amparan la interpretación defensora de la exclusión al amparo del artículo 60.3 EBEP.	24
A) El acceso al empleo público como derecho de los ciudadanos.	25
B) La aplicación de los Principios de Imparcialidad, Profesionalidad e Independencia en la composición de los órganos de selección (art. 55.2 EBEP).	25
C) Examen del Derecho de libertad sindical: ¿Hay colisión entre este derecho y la decisión legal de exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás órganos de representación de los órganos de selección ?.....	26
III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.-	28
a) Posiciones Doctrinales:	28
b) Interpretación por parte del Consejo de Estado.....	29
c) Examen de la Jurisprudencia.	29
d) Especial referencia a al cuestión de la participación sindical en los procesos selectivos en el ámbito de las relaciones jurídico laborales, en concreto, el artículo 61.7 del EBEP.	32
e) La cuestión de los Representantes de las Comunidades Autónomas:.....	35
f) Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.	36
IV. Acotaciones a los datos expuestos sobre la aplicación práctica de la composición de los órganos de selección.....	40
I.- Ámbito de la negociación colectiva (Convenios Colectivos, Acuerdos y Pactos).	40

II.- Convocatorias de procesos selectivos ordinarios y extraordinarios al amparo de las previsiones de la Disposición Transitoria 4ª del EBEP.....	41
III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.....	48

CONSIDERACIONES FINALES 50

Nos encontramos ante unos de los pocos temas regulados por el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que ha entrado en vigor, y por ello, resultan de inmediata y directa aplicación en todas las administraciones públicas, a lo que debemos añadir que un amplio contenido de sus previsiones tampoco necesitaba un desarrollo normativo posterior para su puesta en marcha¹. Por ello, entendemos que resulta adecuado e interesante efectuar un repaso a las experiencias desarrolladas a lo largo de estos tres años desde la entrada en vigor del EBEP, y comprobar si las novedosas previsiones del mismo realmente han sido objeto de aplicación, o bien, se han producido disfunciones o incumplimientos al respecto.

A la vista del objeto de nuestro trabajo y las limitaciones de espacio y tiempo que supone siempre el ámbito de una jornada, hemos estimado la necesidad de que nuestra intervención se centre en aquellas cuestiones que por su importancia y la ausencia de necesidad de desarrollo normativo resultaban a nuestro juicio más interesantes.

Así, estas serían, en primer lugar, la ampliación parcial del ámbito de aplicación del EBEP, a unas determinadas entidades del sector público, que hasta hace poco tiempo vivían en el limbo legal a este respecto, en concreto nos referimos a las sociedades y fundaciones públicas locales, lo que suponía un auténtico reto, pues era un intento de establecer un control sobre uno de los problemas del sector público, desgraciadamente ya clásicos, su instrumentalización con el objeto de alcanzar la denominada de forma pacífica por la doctrina administrativa como “huida del derecho administrativo”.

En segundo lugar, nos encontramos ante el intento más serio que se ha producido desde la aprobación de nuestra Constitución de 1978, para poner en marcha un instrumento que permita realmente dar cumplimiento a las exigencias constitucionales del artículo 103.3, y que tampoco debería necesitar de desarrollo normativo, nos estamos refiriendo al intento de profesionalización de la composición de los órganos de selección para el conjunto de los empleados públicos, lo que ha originado una regulación que obliga a la exclusión de múltiples colectivos que hasta ahora ejercían un ferreo control en el funcionamiento de los mismos.

Por último, entendemos necesario efectuar un repaso a la puesta en marcha de los procedimientos singulares de consolidación del empleo público temporal (Disposición Transitoria 4ª EBEP), habilitación legal de dudosa constitucionalidad, y que de forma directa también resulta afectada por el resto de los puntos anteriormente señalados.

Por supuesto, que no consideramos estas tres cuestiones como exclusivas o excluyentes, al contrario estimamos que la cuestión de la selección de los empleados resulta muy compleja y entrelazada, de forma que la podríamos definir como un calidoscopio, es decir, su examen presenta múltiples posibilidades y alternativas, pero como indicábamos al principio las limitaciones, nos recomendamos centrarnos en aquellas cuestiones que a la vista de las experiencias recopiladas han resultado más conflictivas.

¹ En este sentido también se ha manifestado CASTILLO BLANCO, F. (2009), “Informe sobre el Empleo Público Local”, coautor JIMENEZ ASENSIO, R., Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, pág. 68., y FONDEVILA ANTOLIN, J.(2008) “La Selección y Pérdida de la condición de empleado público – especial referencia a su aplicación en la Administración Local-, Atelier – Barcelona.

A) El ámbito de aplicación del EBEP y en especial, sus peculiaridades con relación a la selección de los empleados públicos.

1.- Consideraciones Generales sobre el Ámbito de Aplicación.

Puede resultar extraño que hayamos elegido esta cuestión como una de las que merecen un especial examen tras la entrada en vigor del EBEP, pues no parece existir ningún debate doctrinal destacado sobre su alcance jurídico material, pero queremos llamar la atención sobre la importancia que tienen sus previsiones sobre la cuestión de la selección de los empleados públicos, en especial, el establecimiento de la obligatoriedad de la aplicación de ciertos contenidos del EBEP a las contrataciones efectuadas por aquellas entidades instrumentales que forman parte del Sector Público, pero no sometidas al régimen jurídico público general de las Administraciones Públicas.

Efectivamente, uno de los graves problemas como hemos indicado en la exposición inicial de este trabajo, ha sido el reclutamiento masivo de personal al servicio de entes instrumentales, empresas y fundaciones públicas sin respeto alguno a los principios legales de la selección, ahora recogidos sistemáticamente en el artículo 55 del EBEP, lo que ha originado la incorporación de personal bajo los únicos criterios del clientelismo y oportunismo, y que han tenido un crecimiento exponencial en la última década², afortunadamente parece que nuestros tribunales³ están adoptando alguna

² Así, nos remitimos al estudio elaborado por CUADRADO ROURA, J.R. (Catedrático de la Universidad de Alcalá), y publicado en la Revista Expansión, de fecha 24 de junio de 2008, que señala que en el año 1998 las Comunidades Autónomas habían creado 462 empresas y entidades públicas, que a finales del año 2007 alcanzaban la cifra de 799. Ahora bien, lo más llamativo se refiere a las Administraciones Locales puesto que el número de entidades se ha multiplicado por más de tres veces en menos de una década, en concreto, en el año 1998 existían 467 empresas y entidades públicas, que en el año 2006 ascendían a la cifra de 1425.

En el caso de las Comunidades Autónomas, destaca que Andalucía cuenta con 92 empresas y entidades públicas, seguida por Euskadi (89) y Catalunya (88), a lo que debemos añadir otras comunidades como Comunidad Valenciana (60), Aragón (47) y Asturias (41).

Por último, en cuanto a las corporaciones locales, Andalucía cuenta con (400) empresas y entidades públicas, Catalunya (333), Euskadi (168), Canarias (100) y Comunidad de Madrid (68), destacando que la mayoría de las capitales de provincia han creado empresas, entidades y fundaciones públicas, destacando Barcelona (26), Bilbao y Madrid (12) y Málaga con 10, y finalmente existían más de 60 municipios que no son capitales de provincia que han creado 3 o más entidades públicas, destacando por su importancia: Estepona, Jerez, Marbella, Reus y Tarrasa.

³ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de Abril de 2009 (rec.773/2007), que señala especialmente: “*Resta por examinar si la doctrina sentada por esta Sala, a partir de la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/97, referente a los efectos de la contratación irregular por parte de las Administraciones Públicas, ha de ser interpretada dando un sentido estricto al término “Administración pública” o cabe una interpretación que tenga en cuenta primordialmente su finalidad. A este respecto resulta revelador el razonamiento contenido en la sentencia de Sala General de 20 de enero de 1998, recurso 317/97: “...Hay que partir del artículo 19 de la Ley 30/1984, que establece que las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad. Este precepto, que se califica en el artículo 1.3 de la citada Ley como una de las bases del régimen estatutario de la función pública, resulta aplicable, por tanto, a todas las Administraciones, y contiene un mandato cuyo carácter imperativo no puede desconocerse. Se impone en él la aplicación al personal laboral de los criterios de selección tradicionales en la función pública y ello tiene una indudable trascendencia en orden al sistema de garantías que el propio precepto menciona y que enlazan con las previsiones constitucionales sobre la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la función pública (artículos 14 y 23 de la Constitución), entendida aquélla en sentido amplio – como empleo público – y en la aplicación para dicho acceso de los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 de la Constitución). Estas disposiciones sitúan a las Administraciones Públicas en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público.*”

Tomando en consideración que la sociedad estatal recurrente pertenece al sector público, que en la selección de su personal se aplican los mismos criterios que a las Administraciones Públicas, pues ha de contratarse mediante oferta pública de empleo, en la que se ofertarán las plazas que legalmente se establezcan, necesariamente ha de aplicarse en dicha selección los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, por lo que la contratación irregular de su personal no puede conducir a la adquisición de fijeza, sino que su relación laboral tendrá el

decisión que anticipando las exigencias del EBEP, han reclamado la obligación de que el reclutamiento de personal al servicio de las empresas públicas deberá respetar necesariamente los “*criterios de selección de la función pública*”, y por ello, declaran que las contrataciones irregulares deberán ser calificadas como de “*carácter indefinido no fijo de plantilla*”, con idénticas consecuencias que las aplicadas al resto de las administraciones públicas, sinceramente esperamos que esta línea jurisprudencial se mantenga con firmeza. Ahora bien, precisamente por lo expuesto, entendemos que resulta preciso examinar las exigencias legales del ámbito de aplicación en esa área, y también comprobar posteriormente si se han tomado realmente medidas por los rectores de estas entidades y de los agentes sociales para evitar un fraude que ha resultado impune en gran medida hasta este momento.

De forma preeliminar debemos hacer una breve referencia al ámbito de aplicación del EBEP, en concreto, las previsiones del artículo 2º, que se constituyen en su régimen general, así, señala la exposición de motivos de la Ley que la finalidad de la misma es conseguir que su aplicación se proyecte sobre el conjunto de las Administraciones Públicas y de sus empleados públicos (funcionarios y laborales), es decir, la totalidad del sector público, ahora bien, como ha destacado algún sector de la doctrina⁴, realmente estamos en presencia de una realidad que no se corresponde a las declaraciones formales, ya que el propio artículo 2º incorpora exclusiones parciales, así como en otros preceptos del EBEP se incorporan regímenes especiales, con lo cual se vacía de contenido ese intento formal de aplicación generalizada.

De forma complementaria a lo ya señalado, se puede afirmar que el EBEP, resulta de aplicación sin excepciones a las Administraciones Territoriales (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, así como las Administraciones de las Entidades Locales), a lo que debemos añadir un determinado grupo de entes con personalidad jurídico pública vinculados o dependientes de cualquiera de estas administraciones públicas, como son los casos de los organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias y fundaciones públicas sanitarias, y de forma limitada a las entidades adscritas al sector público.

2.- Examen de las especialidades locales, con relación a los entes instrumentales⁵.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, queremos examinar ahora, especialmente, la cuestión de los entes vinculados o dependientes de la administración local, que tienen su marco jurídico fundamental en las previsiones del artículo 85. 2 A) apartados b y c, de la Ley 7/1985 LRBRL que regula la configuración de las figuras de los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, si bien, recordemos que con relación al personal a su servicio, la propia legislación local, por medio del artículo 85 bis de la LRBRL realiza una remisión expresa, a las previsiones de los artículos 47 y 55 de la Ley 6/1997 LOFAGE, las notas más características de esta remisión ya las hemos señalado anteriormente. De todas formas este marco legal de reenvío debe ser examinado al amparo de las previsiones del artículo 85 bis 1. LRBRL, que establece la aplicación del marco normativo de la LOFAGE, pero “*en cuánto les resultase de aplicación*” y “*con las*

carácter de indefinida, aplicándosele la doctrina de esta Sala plasmada en la sentencia de 20 de enero de 1998, recurso 317/1998 y todas las que han seguido.”

⁴CANTERO MARTINEZ, J. (2008), AA.VV, en obra coordinada por ORTEGA ALVAREZ, L., “Estatuto Básico del Empleado Público”, LA LEY – El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 54 y ss.

⁵ Para un adecuado examen de las características tanto de los organismos autónomos como de los entes públicos empresariales en el ámbito local, nos remitimos a NOGUEIRA LÓPEZ, A.(2005), AA.VV “La Modernización del Gobierno Local (Estudios sobre la Ley 57/2003, de 16 de Diciembre, de medidas para la modernización del Gobierno Local)”, Atelier, Barcelona, págs. 181 y ss., además en obra coordinada por BALLESTEROS FERNANDEZ, A., de VV.AA. (2004), “Modernización del Gobierno Local (Comentarios a la Ley 57/2003)”, LA LEY - El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, págs. 139 y ss, y además 163 y ss., también DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2004), “La Gestión de Servicios Públicos Locales”, Revista de Administración Pública (RAP) nº 165, págs. 105 y ss., asimismo, MONTOYA MARTIN, E. (2006), “Las Entidades Públicas Empresariales en el ámbito local”, Iustel, Madrid, y por último, PARRA MUÑOZ, J.F., (2006), “El Servicio Público Local, ¿una categoría a extinguir?, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, págs. 138 y ss.

siguientes especialidades”, esta conformación legal ha llevado a algún sector de la doctrina administrativa⁶, a considerar que no existe una remisión incondicional a la legislación estatal, sino que estamos realmente ante un *“derecho propio y específico de tales entidades, en el que son los órganos locales, y no los estatales, quienes tendrán atribuida la competencia de que se trate”*, esto supone, a nuestro juicio, que no pueda reclamarse la aplicación al ámbito local de la facultad legislativa que permite introducir especialidades en el ámbito estatal para los organismos autónomos, en materia de personal, en concreto, nos referimos a las previsiones del artículo 47.3 LOFAGE, y ello, por cuánto, las entidades locales carecen de competencia normativa para la regulación del régimen jurídico de los empleados públicos, y más aun, cuándo estamos en presencia de materias sobre las que existe una reserva material de Ley (103.3 C.E.), por lo tanto, las únicas peculiaridades admisibles son las determinadas por los apartados e) y f) del artículo 85 bis 1. LRBRL, en concreto, determinación y modificación de condiciones retributivas y sometimiento a control específico sobre la evolución de gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos, así, a nuestro juicio, no existe duda de la obligación de la aplicación íntegra del EBEP a esta clase de entes.

Por otro lado, la anterior conclusión también es predicable a los entes público empresariales locales, si bien, estos van a resultar afectados por la directa aplicación del EBEP, especialmente en dos cuestiones la obligación de adaptar su organización a las exigencias del artículo 9.2 del EBEP (reserva de funciones para el personal funcionario), y por otro lado, la aplicación directa del EBEP a su personal laboral.

Finalmente, debemos añadir la figura de los Consorcios⁷, reconocida por los artículos 57 y 87 de la Ley 7/1985 LRBRL, y concebida como una figura que exige la presencia obligatoria de, al menos, una corporación local, se puede afirmar que tiene carácter voluntario, esta dotado de personalidad jurídica y puede utilizar cualquiera de las formas de gestión de servicios, tanto sin son directas como indirectas (artículos 37 y 40 RSCL y 110 del RDL 781/1986 TRRL). Esta posibilidad de adoptar cualquiera de los modos de gestión de actividades de interés local previstas en el RSCL pone de manifiesto que el consorcio es algo distinto de las precisas formas de gestión, es decir, es algo previo a la asunción de una modalidad concreta.

La doctrina administrativa es unánime al considerar que estamos en presencia de una entidad de Derecho Público, y ello, por cuánto la misma tiene otorgada una potestad organizatoria, asimismo, no existe remisión legal alguna al ordenamiento jurídico-privado, y finalmente recordemos que deberá ser la legislación autonómica la que precise el elenco de potestades públicas atribuidas a los consorcios (artículo 4.2 LRBRL).

Así, de todo lo anteriormente expuesto podemos concluir, a nuestro juicio, que en materia de selección de empleados públicos, resultan de directa e íntegra aplicación a los entes de las corporaciones locales las previsiones del EBEP.

3.- La aplicación limitada del EBEP, al resto de entidades del sector público (Disposición Adicional Primera).

En concordancia con lo indicado anteriormente, y a *“sensu contrario”*, podemos afirmar que quedan fuera de este ámbito de aplicación las sociedades mercantiles, las fundaciones y demás entidades que componen el *“sector público”*, estando así definidas por su normativa específica, si bien, al amparo de la Disposición Adicional 1ª del EBEP, a estas se les aplicaran solo algunos preceptos concretos del EBEP, de los que destacamos por su relación con nuestro trabajo, en concreto, los artículos 55 y 59, que afectan al ámbito de la selección de personal.

⁶ DEL GUAYO CASTIELLA, I. (2004), pág. 104.

⁷ Para un mayor detalle sobre la figura del Consorcio, nos remitimos al examen de: MARTIN MATEO, R. (1987), “Entes Locales Complejos”, Trivium, Madrid, págs. 11 a 37 y 107 a 145; también RIVERO YSERN, J.L. (1997) “Manual de Derecho Local”, Civitas – Madrid, págs. 357 y ss., y asimismo, SOSA WAGNER, F. (1997) “La gestión de los servicios Públicos Locales”, Civitas – Madrid, págs. 213 y ss.

En nuestra Administración Local es preciso remitirse inicialmente a su marco normativo específico, en concreto, a las previsiones de los artículos 85.1 y 85 ter de la Ley 7/1985 LRBRL, que recogen la figura de las *sociedades públicas locales*, su inclusión dentro del ámbito del “sector público”, es un concepto pacífico en nuestra doctrina administrativa⁸, de forma que estas se encuentran sometidas a la aplicación parcial del EBEP, prevista por la Disposición Adicional primera del citado Estatuto.

Por otro lado, tenemos el tema de las *Fundaciones Públicas Locales*, que no debe ser confundido con la antigua figura de las “fundaciones de servicio”, sustituidas por la vigente figura de los organismos autónomos, así, la primera cuestión a examinar es si existe algún inconveniente para que las administraciones locales constituyan esta clase de entes, si bien, existe un amplio debate jurídico al respecto un amplio sector doctrinal se ha pronunciado a favor de su existencia⁹, y ello, al amparo de las previsiones del artículo 8.1 de la Ley 50/2002 de Fundaciones, que habilita a las administraciones públicas, incluidas por ello, las administraciones locales, para la constitución de esta clase de entidades, a lo que debemos añadir la realidad de los hechos, por cuánto son múltiples los ejemplos existentes actualmente.

Así pues, cumplidos los requisitos legales previstos por el EBEP, a nuestro juicio, también las fundaciones constituidas y controladas por las Entidades Locales se encontrarían sometidas a la aplicación parcial del Estatuto¹⁰.

4.- Breve reflexión sobre las consecuencias jurídico materiales de la aplicación parcial a todos los entes instrumentales reconocidos por la Disposición Adicional primera del EBEP.

Delimitado el ámbito subjetivo de aplicación del EBEP, con relación a su disposición adicional primera, procede realizar unas reflexiones sobre las consecuencias que se pueden derivar en los futuros procesos selectivos como consecuencia de la aplicación obligada de las previsiones de los artículos 55 y 59 del EBEP.

En primer lugar, destaca que resulta de aplicación a estos procesos, conforme determina el artículo 55.1 del EBEP, la configuración del acceso a ese empleo, como un “*derecho de los ciudadanos*”, pero que su introducción en la selección de personal en esta clase de entes instrumentales, puede abrir un amplio abanico de posibilidades de reacción en defensa de este derecho subjetivo de los ciudadanos, en concreto, nos referimos, entre otros, al derecho a reclamar la aplicación de los mecanismos de garantía constitucional provenientes de las previsiones del artículo 23.2 de la C.E., es cierto que la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerado de manera general que su ámbito de aplicación queda restringido al personal funcionario¹¹, pero no se puede obviar que inicialmente el Alto Tribunal en su Sentencia 56/1980, de 24 de marzo y el Auto 858/1988, que 4 de Julio admitía la extensión del citado artículo a todo el personal al servicio de la administración pública, incluyendo expresamente al personal laboral. Ahora bien, a nuestro juicio, esta no es una cuestión que debe considerarse definitivamente

⁸ SOSA WAGNER, F., (2008) “La Gestión de los Servicios Públicos Locales”, Civitas, Madrid, págs. 122 y ss., en el mismo sentido por el mismo autor “Manual de Derecho Local”,(2002), Aranzadi, Pamplona , págs. 229 y ss., y por último, DEL GUAYO CASTIELLA (2004), págs. 109 y ss.

⁹ SOSA WAGNER, F.(2008), págs. 94 y ss., también DEL GUAYO CASTIELLA, I., págs. 105 y ss., asimismo, MALARET GARCIA, E. y MARSAL FERRET, M. (2005) “Las Fundaciones de iniciativa pública: un régimen jurídico en construcción – la singularidad de las fundaciones locales”, Fundació Carles Pi i Sunyer, Barcelona, págs. 109 y ss. y por último, DEL CASTILLO VAZQUEZ, I.C., (2005), “Administración Pública y Fundación Privada – Las complejas relaciones de las administraciones públicas con sus entes instrumentales de naturaleza fundacional”, Revista de Administración Pública (RAP) nº 167, pág. 341.

¹⁰ En este sentido ya nos manifestamos en un trabajo anterior FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008) “La Selección y Pérdida de la condición de empleado público – especial referencia a su aplicación en la Administración Local-, Atelier – Barcelona, pág. 72 y ss., y en el mismo sentido MALARET GARCIA, E. y MARSAL FERRET, M. (2005), pág. 97 y ss.

¹¹ La primera manifestación en este sentido se produjo por medio de los Autos del Tribunal Constitucional 880/1985, de 11 de diciembre y el 154/1987, de 11 de febrero.

cerrada, pues como indicábamos en un anterior trabajo¹², existen argumentos suficientes para reclamar la ampliación del ámbito subjetivo del artículo 23.2 de la C.E. a toda clase de empleados públicos.

Alcanzado este punto, consideramos necesario examinar con un mínimo detalle los principios establecidos por el artículo 55 del Estatuto Básico, ya que nos van a servir de parámetro interpretativo y delimitador de las líneas que no se puede ni debe sobrepasar, y más si tenemos en cuenta, que uno de los graves problemas de la selección, como manifestó la Comisión de Expertos, ha sido el poco respeto a los procedimientos de selección, diseñando méritos y requisitos con fines absolutamente espurios, que son directo reflejo del fenómeno del clientelismo social y político que ha invadido nuestro empleo público¹³, con las nefastas consecuencias que ya relato detalladamente la Comisión de Expertos en su informe.

A) Principios Constitucionales: Igualdad, Mérito y Capacidad.

Como ha señalado Lorenzo de Membiela¹⁴, el principio de igualdad en el ámbito de la función pública, se encuentra recogido por los artículos 14 y 23.2 de la CE. que amparan el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a los empleos públicos, con los requisitos que establezcan las leyes. Ahora bien, no fue pacífica hasta las sentencias del Tribunal Constitucional (STC 10/1983 y 67/1989 en especial) la reclamación del artículo 23.2 de la C.E. como precepto específico sobre la función pública, de forma que a partir de ese momento se considero que la exigencia del principio de igualdad en acceso a los cargos y funciones públicas era una manifestación más del derecho a la igualdad jurídica consagrado, en términos generales, en el artículo 14 de la C.E., pero que gozaba, como ha manifestado reiteradamente el Tribunal Constitucional de sustantividad propia.

Alcanzado este punto, podemos destacar algunos hitos de la Jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional al respecto:

a) El principio de igualdad en el acceso a las funciones públicas no significa que todos los ciudadanos tengan un derecho subjetivo a participar en las oportunas pruebas de selección. Por ello, es ajustada a nuestro orden constitucional establecer requisitos, siempre de carácter objetivo, para la participación en las pruebas de acceso.

Así, las **SsTC 75/1983, 50/1986 y ATC 162/1986** coinciden todas ellas en que no puede admitirse que toda persona, por el hecho de serlo, esté en condiciones de acceder al desempeño de cualquier cargo u oficio, porque para eso es imprescindible estar en posesión de una serie de requisitos como una titulación específica o conocimientos especializados, edad, nacionalidad, etc. que no todo ciudadano puede poseer, y ello, por aplicación sistemática y concurrente de las previsiones del artículo art. 103.3 de la propia Constitución, regulador, del acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

b) El artículo 23.2 de la C.E. otorga al legislador ordinario un amplio margen para la regulación de los procedimientos de acceso a la función pública, y ello, por la remisión que el propio texto constitucional realiza a *“con los requisitos que señalan las Leyes”*, ahora bien, el Tribunal Constitucional también ha declarado en sus **SsTC 75/1983, 50/1986, 148/1986 192 y 193/1987, 75/1988 y 67/1989** que existen unos límites, en concreto, la imposibilidad de establecer referencias individualizadas y concretas que puedan crear desigualdades arbitrarias, lo que resultaría incompatible con los principios de mérito y capacidad.

¹²FONDEVILA ANTOLIN, J. (2000) “Constitución y Empleo Público”, Comares - Granada págs. 217 y ss., y en especial del mismo autor “Selección y Pérdida de la condición de Empleado Público” (2008), págs. 105 y ss.

¹³ PUERTA SEGUIDO, F., (2003), págs. 341 y ss.

¹⁴ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., (2005), “El Acceso y la Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”, Aranzadi- Pamplona, págs. 54 y ss., y en mismo sentido el muy interesante trabajo igualmente PUERTA SEGUIDO, F., (2003), págs. 47 y ss.

c) Por último, el Tribunal Constitucional señala en sus **SsTC 67/1989, 27/1991, 151/1992 y 302/1993**, que los requisitos exigidos en las concretas pruebas deben establecerse de modo abstracto, excluyendo referencias individualizadas y concretas, y deben tener una fundamentación objetiva, de manera que no sean discriminatorios mediante una referencia, explícita o encubierta, “*ad personam*”.

Las previsiones recogidas en los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución, con relación al acceso a las funciones públicas tienen una directa conexión con los principios de mérito y capacidad, en este sentido se ha manifestado la Sentencia **del Tribunal Constitucional 67/1989**, que señala lo siguiente:

“El principio de igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 de la Constitución ha de ponerse en necesaria conexión con los principios de mérito y capacidad en el acceso de las funciones públicas del artículo 103.3 de la Constitución”.

Tras las consideraciones formuladas anteriormente, a nuestro juicio, los principios de mérito y capacidad se configuran en su naturaleza como el “*instrumento*” necesario e imprescindible para poder dar un adecuado cumplimiento al principio de igualdad en el acceso al empleo público.¹⁵

B) Principios de carácter legal (EBEP) o de naturaleza procedimental.

Nos referimos en este apartado a los principios recogidos en el párrafo 2º del artículo 55 que, como se puede apreciar, se centran más en las garantías de los sistemas selectivos y en la composición y actuación de los órganos de selección. Nosotros consideramos acertada esa diferenciación, por cuanto estos se configuran como instrumentos necesarios para poder garantizar el acceso al empleo público en condiciones de igualdad y respeto a los principios de mérito y capacidad.

Fue la Comisión de expertos¹⁶ en su informe la que propuso la incorporación de este listado de principios, que recodemos resultan de directa aplicación a la totalidad de las relaciones de empleo público, es decir, tanto funcionariales como laborales, y desde el ámbito subjetivo su aplicación es muy amplia, pues alcanza a la totalidad de las administraciones públicas, y además a las entidades y organismos previstos en el artículo 2º y Disposición Adicional Primera del EBEP, siendo su finalidad o naturaleza, a nuestro juicio, de carácter procedimental, es decir, los mismos inciden fundamentalmente en el desarrollo de los procesos selectivos y sus garantías, así como en el funcionamiento de los órganos encargados de la misma. Es cierto, que salvo algunos concretos contenidos realmente novedosos, la mayoría de los principios ya se encontraban recogidos en nuestro ordenamiento, ahora bien, lo destacable del precepto es su sistematización que debería impedir los desmanes que han ocurrido en el reclutamiento, que no selección, de personal al servicio de las administraciones públicas, así, procedemos a su concreto examen:

a) Principio de Publicidad de las convocatorias y de sus bases, lo que supone que debe existir una difusión efectiva de las convocatorias por los medios de publicidad legalmente establecidos, de forma que permita su conocimiento por la totalidad de los ciudadanos interesados, ahora bien, en el caso de los entes instrumentales a los que nos estamos refiriendo surge el debate sobre si sería adecuado sustituir los tradicionales mecanismos de publicidad administrativa, es decir, fundamentalmente el correspondiente Boletín Oficial, por otros medios, a nuestro juicio, la solución a esta cuestión no es sencilla, ya que, precisamente la finalidad de la exigencia del EBEP es evitar la perniciosa práctica de que no proceda a efectuar ninguna clase de anuncio o bien, evitar las convocatorias que podrían llamarse como “secretas”, es decir, al final solo las conocen los interesados previamente avisados por los gestores convocantes.

¹⁵ Para un examen más detallado sobre la distinción de los contenidos de los principios de mérito y capacidad y el alcance material de los mismos, nos remitimos a nuestro trabajo FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), págs. 111 y ss.

¹⁶ “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 85 y 86, elaborado por encargo del MAP.

Así, podemos constatar que existe una queja sobre la lentitud en la tramitación de los anuncios de convocatoria efectuados por medio de los Boletines oficiales, lo que supone, a juicio de algunos gestores, que se produzca el problema de ralentizar la necesaria agilidad que necesitan estos entes para su funcionamiento, dado que no pueden asumir los excesivos plazos de los procedimientos selectivos en las AAPP, si bien, esta crítica podía ser admisible con los anteriores procedimientos, en estos momentos nos encontramos que la práctica totalidad de los Boletines son electrónicos, lo que ha supuesto una reducción sustancial de los plazos, de forma que la crítica a la demora parece perder argumentos.

Ahora bien, una alternativa sería el uso de medios que garanticen un conocimiento amplio y sin restricciones al conjunto de los ciudadanos, por ello, a nuestro juicio, resultaría recomendable que las convocatorias deberían ser publicitadas por varios medios a la vez, como podrían ser páginas web, periódicos de mayor tirada (durante varios días y en lugares destacados), Boletines informativos locales, comarcales, etc. y por supuesto con un amplio plazo para la presentación de solicitudes, si bien, la Jurisprudencia¹⁷ más reciente ha reconocido incluso para las entidades públicas empresariales, lo que a nuestro juicio, resulta cuándo menos discutible, como suficiente la publicación en la correspondiente web de la entidad. Desde luego la utilización de los Servicios de Empleo entendemos que no cumplen las exigencias legales, dado que recordemos que los mismos solo seleccionan entre desempleados o solicitantes de mejora de empleo, y las ofertas de empleo público deben ser dirigidas al conjunto de los ciudadanos con independencia de la situación laboral en la que se encuentren.

Finalmente, a nuestro juicio, el procedimiento que verdaderamente garantizaría una publicidad adecuada sería la inclusión de las necesidades de personal de estos entes en las correspondientes ofertas de empleo de las Administraciones públicas de las cuales dependieran, previsión esta que la actual redacción del artículo 70 del EBEP no impide, lo que permitiría la utilización de los medios alternativos de publicidad anteriormente señalados, dado que existiría un previo aviso a todos los ciudadanos interesados de que a lo largo de un concreto periodo de tiempo se va a proceder a las correspondientes convocatorias.

b) Principio de Transparencia, entendemos que el mismo debe ser referido al ámbito de la gestión del procedimiento de selección y al del funcionamiento de los unidades de los entes encargadas de la misma.

Para un correcto acotamiento del mismo debemos tener en cuenta que nos encontramos ante uno de los característicos principios de los denominados “Códigos de Conducta y Ética Pública”, y que tiene también su reflejo en el propio EBEP (artículos 52 y ss.), así, siguiendo a Rodríguez Arana¹⁸ e igualmente a García Mexía podemos considerar que este principio supone la obligación de revelar toda la información que pueda ser requerida a los Tribunales de selección o cualquier otro órgano interviniente en el procedimiento a requerimiento de los ciudadanos interesados, incluidos los actos de trámite ya afecten directa o indirectamente al proceso, y ello, sin perjuicio del carácter reservado de sus deliberaciones.

c) Principio de Imparcialidad y Profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, el concepto de la imparcialidad no es nuevo en nuestro sistema de selección, de forma que ha tenido manifiestas concreciones en el hasta ahora vigente marco legal, el cual debe servir de referencia a la hora de aplicarlo al ámbito de estos procesos, en concreto las causas de abstención y recusación.

En cuanto, a la profesionalidad esta debe ser entendida como la obligación de que “*todos*” los miembros, sin excepción, estén en posesión de los conocimientos necesarios tanto en las

¹⁷ En concreto, nos referimos a las Ss. de la Audiencia Nacional, (Sala de lo Social), de fecha 3 diciembre de 2009 (LA LEY 239980/2009) y 15 de diciembre de 2009 (LA LEY 254270/2009), que se refieren a las entidades públicas empresariales RENFE y ADIF.

¹⁸ RODRIGUEZ ARANA, J., (1993), “Principios de Ética Pública ¿corrupción o servicio?”, Montecorvo- Madrid, pág. 47 y ss. y también GARCIA MEXIA, P.(2001), “*Los conflictos de intereses y la corrupción contemporánea*”, Aranzadi – Pamplona.

materias sobre las que versa el proceso selectivo, es decir, nos estamos refiriendo al denominado por la doctrina y jurisprudencia¹⁹ “principio de especialización”, como en las técnicas de selección de recursos humanos.

d) Principio de Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, en cuanto al primero de ellos, supone realmente una de las novedades más destacadas del Estatuto y que ha tenido su reflejo en las previsiones de los artículo 60. 2 y 3 EBEP. Lógicamente deberá procederse a una aplicación analógica de estas previsiones legales a los procesos selectivos que se convoquen por estos entes.

El reconocimiento de la “*discrecionalidad técnica*”, como principio legal supone simplemente reconocer en vía legislativa una figura que desde hace largos años nuestra jurisprudencia y doctrina administrativa han venido admitiendo pacíficamente, de todas formas inicialmente podemos señalar que esta se caracteriza por suponer una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación dentro del proceso selectivo.

e) Principio de Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar; esta previsión supone el reconocimiento de la exigibilidad legal del contenido de las pruebas a la realidad funcional del puesto de trabajo convocado, es decir, no resulta admisible la convocatoria de un proceso para un determinado ente donde el contenido de las pruebas estén condicionadas al perfil “previamente” estudiado de un candidato, sino que deberán responder a las auténticas necesidades de los entes convocantes, y asimismo, que estas tengan un rigor de contenidos mínimo que permita garantizar que se esta seleccionando a los mejores, es decir, con los que ostenten mayor mérito y capacidad.

f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección, entendemos que estas previsiones tienen un clara finalidad, que no es otra que dar cumplimiento a las exigencias constitucionales, en el orden axiológico, al que nos hemos referido anteriormente y, en concreto, nos referimos al principio de “*eficacia*” (103.1 C.E.), que no de eficiencia, conceptos diferentes como ya hemos destacado en otros trabajos²⁰, pues el objetivo es conseguir que los empleados públicos seleccionados sean los más idóneos para poder considerar a estos como “*profesionales*”, y por ello, garantizar que su actividad se realizara necesariamente con pleno respeto al principio de objetividad.

Por ello, la clave del precepto es el estricto cumplimiento de las garantías de los “*procedimientos*” de selección, referidas al desarrollo de los mismos con pleno respeto a los principios ya señalados (Publicidad, transparencia, imparcialidad, independencia, y en especial la igualdad, mérito y capacidad), pues si confundimos la eficacia con eficiencia puede abrirse una vía muy problemática de vaciamiento de las garantías.

Por ello, la exigencia de agilidad en los procesos debe ser entendida como la búsqueda de instrumentos técnicos de selección que permitan conseguir una mayor seguridad de que la decisión de selección de un determinado candidato es la más idónea, pero sin que estos supongan incorporar elementos que retrasen los procesos, de forma que los conviertan por el paso del tiempo o su costo irrazonable en ineficaces.

5.- Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.

Hemos intentado realizar una breve aproximación a la realidad de las sociedades y fundaciones públicas autonómicas y locales, lógicamente los datos que vamos a exponer son una mínima

¹⁹ ALEGRE AVILA, J.M., (1992): “Objetividad e imparcialidad de la Administración. El principio de especialidad en la composición de los órganos de selección”, *Revista Vasca de Administración Pública* 34, págs. 9 y ss., y también destacar la reciente Sentencia del TS de 5 de marzo de 2007 , referida específicamente al ámbito local, pero cuyas conclusiones pueden ser aplicadas con carácter general.

²⁰ FONDEVILA ANTOLIN, J., (2000), págs. 101 y ss.

expresión de la compleja y extensa realidad a la que nos enfrentamos, lógicamente un estudio más extenso exigiría un proceso de elaboración que supera los medios de una investigación de esta naturaleza, debiendo añadir la dificultad contrastada para poder encontrar por vía de las herramientas informáticas, que permita un examen fiable y detallado de los medios de comunicación, bases de datos y otras fuentes de datos (registros de convenios, etc.), es preciso también señalar que los datos provienen de ámbitos territoriales limitados²¹, ahora bien, eso no supone que esta búsqueda de carácter limitado no permita extraer ciertas conclusiones ilustrativas del actual panorama.

SOCIEDADES PÚBLICAS	TOTAL: 70
1. Reconocimiento de los principios legales de selección en Convenio Colect.	21
2. Ausencia de regulación en Convenio Colectivo	13
3. Sociedades sin convenio propio	36
4. Página web, con apartado específico de oferta de empleo	7

FUNDACIONES PÚBLICAS	TOTAL: 70
1. Reconocimiento de los principios legales de selección en Convenio Colect.	16
2. Ausencia de regulación en Convenio Colectivo	5
3. Fundaciones sin convenio propio	49
4. Página web, con apartado específico de oferta de empleo	3

A la vista de los datos referidos, podemos extraer algunas reflexiones al respecto:

a) Nos encontramos que dada la configuración como entes instrumentales de gran parte de las sociedades públicas, la realidad es que estamos en presencia de sociedades públicas fantasmas que solo existen a efectos jurídicos, pero cuya infraestructura es mínima, por lo cual su personal también, lo que supone que existe una tendencia a la inexistencia de convenios colectivos propios de empresa, y por lo tanto, no existe un reconocimiento expreso de la obligación de aplicar los principios del artículo 55 del EBEP, en los procedimientos de selección de personal. Lo anterior no supone que por su mínima composición la selección de su personal pueda quedar fuera de las exigencias legales, aunque la impresión es que esa es la realidad.

b) En cuanto a las fundaciones públicas, en este caso su peculiar configuración conlleva que una gran parte de las mismas carezca de un instrumento convencional propio, y por ello, hay una ausencia de reconocimiento legal de la obligación de cumplir los requisitos legales de acceso previstos en el EBEP.

c) La apreciación tras examinar los datos y las entrevistas mantenidas con diferentes responsables administrativos, es que estamos en presencia de un profundo silencio tanto en

²¹ En concreto, el examen se ha centrado fundamentalmente en las Comunidades Autónomas de Cantabria, Castilla – La Mancha, Madrid, y los Ayuntamientos de Santander, Gijón, Oviedo, Valladolid, Barcelona.

sociedades como fundaciones públicas con respecto a los procedimientos de selección, y en especial, debemos indicar que también el mecanismo publicitario de las ofertas de empleo (esencial conforme determina el propio artículo 55.2 EBEP), parece brillar por su ausencia, dado que solo en un 7,5% de las sociedades y fundaciones analizadas, tienen prevista en su web, un espacio específico destinado a la selección, e incluso acudiendo a la consulta dentro de las mismas, no aparecen en ningún caso referencia alguna a la publicación de convocatorias de selección.

Por lo tanto, estamos en presencia de uno de los más graves problemas que presenta el sector público, con referencia al cumplimiento de las obligaciones legales previstas en el EBEP, efectivamente, este tipo de entes instrumentales nacen con la finalidad manifiesta de emprender la denominada “huída del derecho administrativo”, incluidos los controles sobre la selección de personal, y a pesar del voluntarismo legislativo, la realidad resulta contumaz, en el sentido de seguir utilizando estos entes como medios de colocación de personal, en función de intereses claramente espurios.

Pero es más, el tema es más preocupante cuándo ante el escenario actual de crisis económica se esta produciendo un intento de redimensionar a términos cuantitativos más razonables el sector público, pero se procede a instrumentar medidas legislativas²² que permiten la directa e inmediata

²² Destaca a este respecto el Decreto Ley 5/ 2010, de 27 de junio, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, y así destaca su Disposición Adicional cuarta, que señala: Régimen de integración del personal.

En los casos en que, como consecuencia de la reestructuración del sector público andaluz establecida en el presente Decreto-Ley, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías o la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquéllas se realizará de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública, y que aplicará las siguientes reglas:

a) La integración del personal funcionario en una agencia pública empresarial será voluntaria. El personal funcionario que se integre como laboral quedará en sus Cuerpos en la situación administrativa de servicios en entidades del sector público andaluz. En caso contrario permanecerá en servicio activo.

Al personal funcionario que se integre en una agencia pública empresarial como personal laboral se le considerará como mérito el trabajo desarrollado en la misma cuando participe en convocatorias de concursos de méritos para la provisión de puestos de trabajo.

A dicho personal se le reconocerá por la agencia de destino el tiempo de servicios prestados en la Administración a efectos de la retribución que le corresponda por antigüedad.

Asimismo, cuando reingrese al servicio activo, el tiempo de permanencia en la agencia se le computará a efectos de reconocimiento de trienios.

b) El personal laboral procedente de las entidades suprimidas se integrará en la nueva entidad resultante de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión de empresas, y en las condiciones que establezca el citado protocolo de integración. De igual forma se procederá en relación con el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía que ocupe puestos de trabajo en las Consejerías afectadas por la reestructuración realizada por este Decreto-Ley, y que desempeñe funciones que sean asumidas por la entidad resultante.

c) El personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía que se integre en una nueva entidad por aplicación del presente Decreto-Ley, podrá participar en las convocatorias de concursos de traslados que se realicen para el personal laboral al que le sea de aplicación el Convenio Colectivo del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía durante los cinco años siguientes a la fecha de integración en la nueva entidad.

d) Los convenios colectivos aplicables a las entidades extinguidas o transformadas y a la Administración General de la Junta de Andalucía seguirán rigiendo los derechos y obligaciones del personal laboral procedente de dichas entidades o de la citada Administración, en tanto se apruebe un nuevo convenio aplicable al mismo.

e) La masa salarial del personal laboral al servicio de la nueva entidad no podrá superar, como consecuencia de la reordenación regulada por este Decreto-Ley, la del personal de las entidades que se extingan o se transformen.

integración en las administraciones públicas, de un personal que no superado proceso selectivo alguno, lo que constituye una burla a los principios constitucionales y al conjunto de los empleados públicos que han superado sus correspondientes procedimientos selectivos, de forma que la triste conclusión es que ya se pueden adoptar todas las medidas legislativas que se quieran, que los propios legisladores ya se ocuparan de vaciarlas de contenido, en detrimento de la sociedad y de los servicios públicos.

B) LA PROFESIONALIZACIÓN DE LA SELECCIÓN DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS²³

Nos encontramos ante una de las novedades del EBEP (artículos 60 y 61.4 y 7) que deben ser recibidas, a nuestro juicio, con total satisfacción, a pesar de que la tramitación parlamentaria haya introducido alguna modificación y en otras ocasiones olvidos que están provocando conflictos innecesarios e indebidos. Esta regulación responde directamente a una de las expresas propuestas formuladas por la ya citada Comisión de expertos que tuvo en esta cuestión uno de sus principales caballos de batalla, sin olvidar que ha sido el ámbito de la Administración Local, el principal inspirador de este nuevo marco jurídico, ya que, precisamente la composición y funcionamiento de los órganos de selección ha sido puesta en serias dudas, dada la manifiesta y comprobada aparición de un clientelismo político y social en la selección, y en especial con relación a la contratación indefinida laboral y la temporal, tanto de personal funcionario interino como laboral. Así, no existe duda de que el artículo 60 del EBEP, recoge directamente los principios que podemos caracterizar como de carácter legal o procedimental del artículo 55.2 del Estatuto, y fruto de ello, son las novedades que incorpora el precepto.

1.- Caracteres Generales de los órganos de selección (artículo 60.1 del EBEP).

Para una correcta valoración y estudio de la cuestión, entendemos que resulta preciso realizar un breve repaso a las notas y principios que informan la configuración común de todos los órganos de selección, ya que los mismos van a constituirse en las líneas maestras que orientaran la interpretación del resto de los preceptos.

Así, podemos formular esencialmente las siguientes consideraciones:

A) Exigencia de la colegialidad: supone la declaración expresa de que los órganos de selección serán obligadamente **“colegiados”**, con ello se cierra cualquier posibilidad de uso de formulas unipersonales, que han sido utilizadas en muchas ocasiones de las selecciones temporales con anterioridad a la publicación del EBEP. Pero una consecuencia más importante de esta declaración, es la exigencia legal derivada de su condición de **“colegiados”**, en concreto, nos referimos a la obligación de someter la formación de voluntad del mismo, a las reglas y principios establecidos expresamente en el Capítulo II del Título II, y por ende del resto de las previsiones que puedan resultar de aplicación sobre sus actos de la Ley 30/1992 LRJPAC.

Asimismo, señalar que con referencia a las Entidades Locales, las previsiones del R.D. 896/1991 sobre Reglas Básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los funcionarios de la administración local, ya establecía el carácter colegiado del órgano de selección, al prever en su artículo 4º e) , la composición de los Tribunales, ahora bien, con relación al personal interino y laboral (disposiciones adicionales primera y segunda respectivamente), no se establecía una mención expresa al respecto, aunque la lógica nos obligará a concluir la exigencia de aplicación de las previsiones del citado apartado e), pero desde luego con la nueva regulación básica del EBEP, no existe duda al respecto, por ello, todos los

f) El referido protocolo de integración se aprobará previa consulta y negociación con los órganos de representación del personal y se someterá a informe de los órganos correspondientes de la Consejería competente en materia de Hacienda.

²³ Sobre estas cuestiones debemos remitirnos directamente a nuestra obra FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), “Selección y Pérdida de la condición de Empleado Público – especial referencia a su aplicación en la Administración Local”, Editorial ATELIER – Barcelona.

órganos encargados de la selección con independencia del tipo de relación jurídica y su temporalidad deberá ser realizada por órganos colegiados.

B) Requisitos de profesionalidad e imparcialidad en su composición: Por otro lado, el precepto obliga a que **“todos”** los miembros que compongan estos órganos deberán cumplir las exigencias legales de **“profesionalidad e imparcialidad”**, procede pues analizar de forma separada ambas exigencias, y a este respecto debe tenerse en cuenta, que las previsiones del R.D. 896/1991, que en artículo 4º apartado e) exigía una composición *“preferentemente técnica”*, si bien, ahora resulta directamente inaplicable por el carácter de legislación básica del EBEP, y lo mismo debe decirse con referencia a la regulación del artículo 11 del RGI, si bien, este no precisaba nada al respecto.

B.1) En cuanto a la exigencia de **“profesionalidad”**, tal como ya hemos señalado anteriormente al analizar los principios, debe ser entendida como la posesión por parte de los miembros de los tribunales de la adecuada y suficiente formación sobre las materias que son objeto de examen en el proceso selectivo y como ha señalado algún autor²⁴ también una formación específica como técnico seleccionador o expertos en técnicas de selección, es decir, estamos en presencia del principio de especialización, elemento esencial de una adecuada selección, por cuánto no hay que olvidar que la actuación de estos se caracteriza por estar dentro de la esfera de la denominada *“discrecionalidad técnica”*, que supone que las decisiones valorativas adoptadas no pueden ser objeto de revisión jurisdiccional, y por ello, debe exigir en contraprestación lógica la adecuada acreditación de la especialización de los miembros del tribunal.

Así, procede examinar de forma breve la configuración de la *“discrecionalidad técnica”*²⁵, como premisa inicial y consolidada por la jurisprudencia podemos afirmar que, la evaluación de méritos por el correspondiente órgano evaluador se trata de un mero problema técnico, es decir, estamos ante una competencia exclusiva y excluyente de los Tribunales de selección, no susceptible de control judicial, salvo con ciertas matizaciones.

Nos interesa destacar la definición que de la misma formula el Tribunal Constitucional que en su **STC 353/1993**, fundamento jurídico tercero, que señala:

*“Que la Discrecionalidad técnica se traduce en una ” **presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización e imparcialidad de los órganos establecidos para realizar la calificación**”, que solo cabe desvirtuar en sede jurisdiccional ” si se acredita la infracción o **el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador** , bien por desviación de poder, arbitrariedad **o ausencia de toda posible justificación del criterio adoptado**”.*

Es evidente que no corresponde a los Tribunales y Juzgados de lo Contencioso Administrativo suplir al órgano seleccionador en su decisión, entrando estos a calificar, sin parámetros jurídicos, los méritos de los candidatos presentados al procedimiento de selección, de manera que son inadmisibles todas las pretensiones que intenten conseguir que los órganos jurisdiccionales realicen una valoración alternativa a la de los órganos de selección correspondientes²⁶.

Ahora bien, lo anteriormente señalado no significa que no sea posible un control judicial de las actuaciones de estos órganos de selección; efectivamente la Jurisprudencia²⁷ ha reconocido

²⁴ FEREZ FERNANDEZ, M.(1997), “El Proceso selectivo: Reflexiones sobre la renovación del actual modelo de selección en las Administraciones Públicas”, en la obra de AA.VV. “ Jornadas sobre selección de personal en las Administraciones Públicas”, IVAP – Oñate, pág. 61.

²⁵ DESDENTADO DAROCA, E., (1997), “Los Problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica”, Civitas, Madrid.

²⁶ SsTS de 8 de junio de 1999; 19 de junio de 2001; 12 de marzo de 2002; 23 de noviembre de 2004; 13 de octubre de 2004; 11 de diciembre de 1998; 14 de julio y 10 de octubre de 2000, entre otras muchas.

²⁷ SsTS de 13 de octubre de 2004; 5 de julio de 1993; 13 de marzo de 1991; 10 de marzo de 1999, entre otras.

diversos límites al ejercicio de la “*discrecionalidad técnica*”.²⁸

Como conclusión debemos destacar que a la vista de lo señalado se confirma que la razón que ha servido de fundamento al criterio de los tribunales de respetar al ejercicio de la “*discrecionalidad técnica*” por parte de esos órganos de selección, radica en el “**carácter especializado**”, de deberían tener los mismos, cuestión que como hemos observado el propio Tribunal Constitucional (STC 353/1993) consideró elemento esencial, ratificando el propio Tribunal Supremo²⁹, la exigencia de la citada “*cualificación o especialización*” de los órganos de selección. Por ello, podemos afirmar que la incorporación de los principios de especialidad, como directa manifestación de la profesionalidad supone reforzar el sentido adecuado y justo del ejercicio de la discrecionalidad técnica por parte de los órganos de selección.

Una cuestión que, a nuestro juicio, debe ser objeto de reflexión y de un adecuado desarrollo normativo posterior, es la posibilidad de establecer una composición especializada de los Tribunales pero por ejercicios a desarrollar, es decir, no parece razonable ni tampoco cumplir la exigencia de especialidad, el hecho de constituir un Tribunal, pongamos por caso para reclutar Arquitectos, que este compuesto en exclusiva por Arquitectos e Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos, con lo cual, en principio, se daría perfecto cumplimiento al principio de especialidad, pero no se cumpliría en relación a un ejercicio (actualmente obligado en cualquier proceso selectivo), donde se exija un temario jurídico previo (Constitución, Estatutos de Autonomía, etc..), con lo cual entendemos que para evitar esta contradicción en la configuración de Tribunales y dar una adecuada respuesta al principio de especialidad, podría incorporarse unos Tribunales, de doble área o fase que respetaran en su composición realmente el principio de especialidad exigible a cada tipo de ejercicio.

B.2) En cuanto a la exigencia de “**imparcialidad**”, debemos recordar como el Tribunal Constitucional³⁰, ha señalado que esta presenta un contenido subjetivo, entendido este como la prohibición de intervención a aquellos miembros que hayan tenido una relación previa indebida o inconveniente, y por otro lado, un contenido objetivo, que al igual que en el caso anterior impide la participación pero por causa de la existencia de vínculos directos y permanentes con los ciudadanos que optan al proceso selectivo.

A lo anterior, tal como hemos indicado anteriormente le resultan de aplicación otras previsiones recogidas por normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pero que entendemos no han resultado afectadas, en el sentido de su derogación expresa o tácita, nos referimos, en concreto, a las previsiones de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992 LRJPAC que regulan las causas legales de abstención y recusación, a lo que debe añadirse la prohibición contenida en el artículo 13.2 del R.D. 364/1995 RGI, que impide a los funcionarios que hubieran participado en la preparación de opositores en los cinco años anteriores.

²⁸ Los criterios jurisprudenciales básicamente podemos resumirlos en los siguientes:

- a) Inobservancia de los elementos reglados del procedimiento.
- b) Existencia de un error ostensible o manifiesto.
- c) Infracción de las normas que regulan el régimen jurídico de su funcionamiento.
- d) Infracción de las Bases del proceso selectivo.
- e) Actuación con desviación de poder.
- f) Violación del principio de igualdad, y como consecuencia directa la de los principios de mérito y capacidad. Actuación calificable de arbitraria, lo que supone directamente la violación de las previsiones del artículo 9.3 de la Constitución Española

²⁹ SsTS de 4 de Octubre de 1983, 28 de noviembre de 1984, 17 de abril de 1986, 18 de enero y 27 de abril de 1990, 11 de octubre y 28 de diciembre de 1994 y 19 de junio de 1995.

³⁰ Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional son referidos especialmente al ámbito judicial, si bien sus consideraciones son de directa aplicación a nuestro caso, así destacan SsTC 5/2004, 240/2005, 306/2005 y 55/2007).

C) Los órganos de selección y la paridad de género: Por último, se hace una mención expresa a la **cuestión de la paridad entre hombre y mujer**, en la composición de los órganos de selección, la misma es directo reflejo de las modificaciones legislativas introducidas recientemente en nuestro ordenamiento jurídico al respecto, en concreto, nos referimos a las previsiones de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres³¹.

2.- *La composición de los órganos de selección:*

A) Análisis de la cuestión de la exclusión del personal de elección y designación política (Artículo 60.2 del EBEP).

1º) Exposición de la valoración de la Doctrina Administrativa.

Lo primero que debemos destacar es que la génesis de este precepto se encuentra en la propuesta formulada por la Comisión de expertos³², y que fundamenta la misma en los manifiestos supuestos de clientelismo social y político que se han producido en la selección del empleo público en nuestro país, y en especial en el ámbito de la administración local.

A lo anterior, debemos añadir que en la mayoría de la doctrina administrativa especializada en el estudio de estas cuestiones se ha pronunciado de forma indubitada a favor de una interpretación que conlleva la exclusión de Alcaldes, concejales y demás personal de naturaleza política en su designación de los órganos de selección.

En este punto, nos vemos obligados a exponer nuestra posición al respecto, así, debemos destacar que la norma en su redacción se configura como contenido de exclusión, es decir, nos indica cuáles son las personas que no pueden formar parte de los tribunales de selección, lo que nos permite formular una primera consideración al respecto, y que es el reconocimiento de que pueden formar parte de los citados órganos cualquier ciudadano aunque no tenga una relación jurídica de servicio con las administraciones públicas, siendo igualmente indiferente en el caso de personal al servicio de estas la clase de relación que mantengan, es decir, funcional o laboral, ahora bien, lo que si resultara de aplicación estricta a todos ellos, son las exigencias del apartado primero del artículo 60 (imparcialidad y profesionalidad – especialidad-).

Ahora bien, lo anterior no significa que estas previsiones supongan la inaplicación del contenido del artículo 11 del RGI, que exige una composición de funcionarios para la selección de personal con esa misma relación jurídica, ya que el estatuto no establece un determinado tipo de composición, simplemente abre un abanico de posibilidades a la hora de nombrar miembros de los órganos de selección, exigencia que no existía para el ámbito local dado que el RD 896/1991 nada decía al respecto.

Ahora bien, lo que también deja claro el EBEP es la prohibición expresa de que un determinado tipo de personal no pueda participar en la composición de los tribunales, en concreto:

- a) Personal de elección o de designación política.
- b) Funcionarios interinos.
- c) Personal eventual.

Con relación al personal de elección o de designación política, como primera consecuencia

³¹ Ahora bien, en este punto se plantea una curiosa peculiaridad, por cuánto el artículo 53 de la precitada norma exige una presencia equilibrada entre géneros, y en caso de no dar cumplimiento a esta premisa deberá motivarse de forma fundada y objetiva las razones que justificarían el incumplimiento, pero su ámbito de aplicación queda circunscrito a la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de esta, pero resulta que el EBEP a estos efectos es más flexible en su regulación, por cuánto el mismo no obliga a motivar que la composición del órgano de selección no sea paritario o equilibrado, ya que solo existe la exigencia de que “se tendera” a la misma, lo que no significa que no exista un claro mandato legal de intentar poner todos los mecanismos posibles para conseguir esa paridad, pero lógicamente una composición desequilibrada, en ningún caso, podrá justificar una impugnación con respecto a la incorrecto nombramiento del órgano de selección.

³² “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 91 y ss., elaborado por encargo del MAP.

debemos entender que se ha producido una derogación tácita de las previsiones del artículo 4º f) del R.D. 896/1991, que establecía la obligatoriedad de que todos los tribunales en las Entidades Locales estuvieran presididos por el Alcalde –Presidente de la corporación o miembro de la misma en quien delegara, asimismo, también deben considerarse excluidos los miembros de las Juntas de Gobierno no concejales, por su manifiesta designación política conforme regula el artículo 126.2 LRBRL y también, al personal directivo local de libre designación, nombrado al amparo de las previsiones del artículo 176.3 del RDL 781/1986.

Ahora bien, esta conclusión sobre el contenido de las previsiones del EBEP ha sido rechazada por algún autor³³, reclamando la no aplicación a la administración local del artículo 60.2 del EBEP, en cuanto, a la exclusión de alcaldes y concejales de los órganos de selección, si bien, a nuestro juicio, como hemos manifestado en trabajos anteriores carecen de fundamento las argumentaciones utilizadas.

Por último, entendemos que puede resultar muy ilustrativo examinar el origen del proceso de elaboración del término “*personal de elección política*”, procede profundizar en la “*ratio legis*” del EBEP. Así, en primer lugar, debemos recordar como el EBEP surge como consecuencia de los trabajos de la Comisión de expertos nombrada al efecto por el MAP³⁴, pues bien, en la recomendación expresa realizada por este, se recoge literalmente la redacción incorporada al apartado segundo del artículo 60, de forma que es la Comisión la que aporta este término, explicando la misma en su Informe que su contenido son las autoridades políticas, y en especial, alcaldes y concejales, dados los abusos de clientelismo que se habían producido en este ámbito, y debemos también fijarnos en que el informe distingue expresamente la designación política, de los representantes sindicales, a los que también se propone excluir expresamente, por lo cual, el intento de ocupar el supuesto espacio vacío, por el citado autor, comienza a manifestarse incorrecto también desde la “*ratio legis*”, así, debe recordarse que este informe se incorpora como uno de los documentos que se adjunta al Proyecto de Ley cuándo es remitido a las Cortes Generales para su tramitación parlamentaria.

En segundo lugar, si se comprueba el texto aprobado por el Gobierno del Estado y remitido como Proyecto de Ley a las Cortes Generales³⁵, se puede observar que el artículo 60 presenta una redacción idéntica a la propuesta por la Comisión de expertos y muy ilustrativa, para este debate, así señala:

Artículo 60. Órganos de selección.

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

*2. **El personal de elección** o de designación **política** y el personal eventual no podrá formar parte de los órganos de selección.*

*3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, **no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal** o cualquier otra entidad representativa de intereses.*

En tercer lugar, debemos continuar con el examen de la tramitación parlamentaria, y así observamos que en el trámite de presentación de enmiendas, este precepto no fue discutido, en

³³ D´ANJOU GONZALEZ, J.(2007), “El Estatuto Básico del Empleado Público: Primer apunte al mismo”, El Consultor de los Ayuntamientos nº 14, págs. 2414 y ss. ; sus posiciones han sido objeto de una contestación pormenorizada por FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), págs. 129 y ss., a las que nos remitimos.

³⁴ “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 83 y ss., elaborado por encargo del MAP.

³⁵ Proyecto publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-1, de fecha 8 de septiembre de 2006.

cuánto a configurar de otra manera la exclusión de los representantes políticos de elección, nos remitimos a su lectura³⁶, y así, nos encontramos con que el informe de la Ponencia³⁷, mantiene el mismo texto que el remitido por el Gobierno, sin modificación alguna a este respecto, y es solo posteriormente durante el debate y elaboración del Dictamen de Comisión³⁸, cuando el apartado tercero del artículo, única y exclusivamente, resulta modificado, en virtud de un acuerdo en el seno de la Comisión y no, por el contenido concreto de las enmiendas presentadas, que como hemos señalado anteriormente no afectaban a la cuestión, resultando un nuevo texto que quedó del siguiente tenor:

Artículo 60. Órganos de selección.

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.

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

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

Como se puede comprobar, el apartado segundo sigue invariable, no siendo discutido en ningún momento, durante su tramitación parlamentaria, su contenido en el sentido de limitación directa a las autoridades y cargos de elección política para su participación en los órganos de selección, únicamente cambia la redacción del apartado tercero con la única finalidad de que no resulte demasiado agresiva su redacción inicial, es decir, que no figuren expresamente como objeto de exclusión las organizaciones sindicales, si bien, su contenido material lleva a la misma conclusión que en su redacción original, es decir, continúan excluidos.

Finalizada la tramitación del Proyecto en el Congreso de los Diputados, es remitido el mismo al Senado, y en este caso se presentan dos enmiendas³⁹ a este apartado segundo del artículo 60, pero con finalidades muy distintas, así la presentada por el Grupo Parlamentario Popular del Senado, intentaba limitar la exclusión de los tribunales a Administración General del Estado y Comunidades Autónomas, no mencionando a las Entidades Locales, proponiendo expresamente:

Artículo 60.2 EBEP:

“En la Administración General del Estado y en las Administraciones Autonómicas, el personal de elección o de designación política no puede formar parte de los órganos de selección”.

Esta enmienda fue rechazada en el Dictamen de Comisión⁴⁰ y nuevamente en el Pleno del Senado, a la vista de ello, nos interesa destacar que el rechazo a la propuesta supone clarificar de forma indubitada la voluntad del legislador a este respecto, en concreto, de excluir como miembros de los tribunales de selección a las autoridades de elección política de las entidades locales.

³⁶ Las Enmiendas fueron publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-9, de fecha 24 de Noviembre de 2006, afectando a este precepto solo las presentadas por José Antonio Labordeta (Grupo Mixto) Enmienda nº 31, las de Esquerra Republicana de Catalunya, con los nº 298 y 299, y finalmente las de Izquierda Unida- Iniciativa per Catalunya Verds, con los nº 173 y 174.

³⁷ Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-11, de fecha 13 de Diciembre de 2006.

³⁸ Publicado el texto del dictamen en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) Serie A: Proyectos de Ley, nº 94-13, de fecha 20 de Diciembre de 2006.

³⁹ Nos referimos a la enmienda nº 108 del Grupo Parlamentario Popular del Senado y la nº 235 del Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés (BOCG del Senado Serie II nº 85 (d) de 21 de febrero de 2007.

⁴⁰ BOCG del Senado Serie II, nº 85 (e), de fecha 15 de marzo de 2007.

La otra enmienda presentada por el Grupo Parlamentario de Entesa Catalana de Progrés durante el tránsito del proyecto por el Senado proponía la simple eliminación del precepto, pero por entender que el mismo excedía el contenido o alcance de lo básico, y por ello, la materia debía ser adjudicada su regulación en exclusiva a las Comunidades Autónomas, con lo cuál su contenido no incide en el debate de la cuestión examinada.

A la vista de lo expuesto, y de conformidad con la propia *“ratio”* de su génesis, procede formular una pregunta esencial, **¿qué órganos, autoridades o personal hay en las entidades locales que tenga una naturaleza de “elección política”?, pues la respuesta es unívoca, los Alcaldes y Concejales.**

Así pues, si resulta que desde el mismo momento de la elaboración del anteproyecto de ley, la comisión de expertos ya formuló una redacción idéntica a la aprobada finalmente, explicando en el citado informe cual era el sentido de la misma, que no era otro que excluir a las autoridades y órganos de elección política, y resulta que durante toda la tramitación parlamentaria, el precepto no ha sufrido modificación alguna, y no ha sido objeto de debate, en cuánto el sentido material del mismo, entendemos que no quedan espacios para sostener, simplemente por el término *“personal”*, que los alcaldes y concejales no están afectados por el artículo 60.2, sinceramente parece, según el término coloquial, *“coger el rábano por las hojas”*.⁴¹

Por otro lado, llama la atención una ausencia en la lista de exclusiones, y no es otra, que la del personal laboral temporal, que carece de sentido alguno siendo la única justificación que encontramos, el que esta es una manifestación más de la deficiente técnica legislativa que ha sufrido la elaboración parlamentaria del EBEP, de todas formas la lógica con la ratio interna del precepto, debería llevar a los posteriores legisladores encargados del desarrollo del EBEP, han de subsanar esta deficiencia, incorporando en sus Leyes de desarrollo, la prohibición de participación de este colectivo, dado que resulta absolutamente incoherente prohibir la participación para evitar posibles interferencias a la independencia de ese personal, con la excusa de su temporalidad y permitir la de otro colectivo cuya situación de temporalidad suele ir unida generalmente a proyectos o programas sometidos a subvenciones de renovación temporal.

Por último, una breve reflexión sobre el problema que puede surgir con relación al personal directivo, diferenciado del personal de la administración local del artículo 176.3 del RDL 781/1986, dado que este no está incluido en ninguna de las clases de empleados públicos regulados en el artículo 8.2 del EBEP, y el artículo 13 tampoco especifica cuáles pueden ser los procedimientos de nombramiento de este personal, por lo que no es descartable que su nombramiento sea absolutamente discrecional y por ello, *“político o cuasipolítico”*, lo que lógicamente nos llevaría a reclamar su inmediata exclusión de cualquier Tribunal de selección.

Por último, debemos destacar la Instrucción del Ministerio de Administraciones Públicas por la cual se aprobaron los *“Criterios para la aplicación del estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración Local”*⁴², y que ratifican todo lo argumentado con anterioridad.

2º) Estudio y Evaluación de la su aplicación.

Tras exponer de forma detallada los fundamentos que justifican, a nuestro juicio, de que estamos ante una exclusión, sin excepción de ninguna clase, del personal de elección o de designación

⁴¹ Finalmente esta cuestión ha sido objeto de otra serie de comentarios cuya finalidad era la de evitar la exclusión de los autoridades de carácter político de los órganos de selección, si bien por las limitaciones de este seminario no podemos proceder a una exposición más detallada, pero nos remitimos a los señalado en FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), págs. 136 y ss., en el sentido de que por el autor se considera que no resulta admisible la incorporación de las citadas autoridades a los órganos de selección.

⁴² Señala expresamente la misma:

“Debe entenderse por “personal de elección política” los cargos públicos representativos locales como son Alcaldes, Concejales, Presidentes de Diputación, Diputados provinciales, etc. Se entiende, pues, implícitamente derogado el segundo párrafo de la letra 9 del artículo 4 del Real Decreto 896/1991, de Reglas básicas y programas mínimos a que debe ajustarse el procedimiento de selección de los Funcionarios de la Administración Local.”

política, lógicamente procede en este punto examinar lo ocurrido en los diferentes procesos selectivos celebrados a lo largo de nuestra geografía, debemos indicar previamente que los datos que vamos a aportar no pueden ser considerados como absolutos⁴³, pero si lo suficientemente clarificadores para poder extraer algunas conclusiones ilustrativas de la situación actual de la cuestión.

Así, procedemos a exponer los datos obtenidos, en concreto:

CONVENIOS COLECTIVOS (2007/2010)	TOTAL: 46
Reconocimiento a la Participación de los grupos políticos en la condición de observadores.	3

CONVOCATORIAS ORDINARIAS DE FUNCIONARIOS

JUNIO 2007 / DICIEMBRE 2008

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL: 65
Personal Político (miembros directos y observadores)	3

CONSOLIDACIÓN – DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP

01 mayo 2007 – 31 Diciembre 2008

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL 60
Personal Político	3
a) Presidente.....2 – Funcionario	
b) Miembro.....1 – Funcionario	

CONSOLIDACIÓN - 1 enero de 2009- 30 de Septiembre de 2010

COMPOSICIÓN TIBUNALES	TOTAL 68
Personal Político	0

⁴³ Efectivamente, los resultados obtenidos responden a un examen conforme a las publicaciones en los boletines oficiales, y el proceso de investigación se ha realizado en función de los contenidos incorporados a las bases de datos de Wetslaw, LA LEY Digital, CEMICAL y Boletines Oficiales, lógicamente en algunos supuestos limitados a periodos temporales, si bien, consideramos que los datos obtenidos pueden resultar muy ilustrativos.

De lo expuesto podemos formular algunas conclusiones sobre la participación del personal de designación política en los órganos de selección:

a) Tras la aprobación del EBEP, en los periodos de tiempo inmediatamente posteriores a su entrada en vigor, se aprecia que se produjo una resistencia a la aplicación de sus previsiones, así, se constata el reconocimiento por vía convencional de la intervención de los “grupos políticos”, aunque en condición de observador en los órganos de selección, y por otro lado, el mismo fenómeno se produce en las convocatorias tanto de procesos selectivos de consolidación como en procesos selectivos ordinarios.

b) Afortunadamente se aprecia que transcurrido este periodo inicial, al que podríamos denominar como de “*sarampión*”, parece que desaparecen de los órganos de selección, el personal de elección o de designación política, al menos de forma clara en los procesos de consolidación (2009 – 2010) y en los convenios colectivos posteriores a la fecha de mediados del año 2009.

c) Lo anterior, no supone que no se pueda descartar que en procesos selectivos ordinarios desarrollados entre los años 2009 – 2010, no se pueda encontrar algún nuevo supuesto, y más aún, teniendo en cuenta la aparente impunidad con la que han contado los supuestos anteriores, lo que sorprende dado que el propio MAP ya manifestó su posición al respecto como hemos indicado, y el mismo conserva las competencias previstas por el artículo 65 de la Ley 7/1985 LRRL, y lo mismo debemos denunciar de las Comunidades Autónomas. Así, tras un examen detallado de las bases jurisprudenciales no hemos encontrado resolución judicial alguna que resolviera una posible impugnación ni de los citados convenios colectivos, como tampoco de las convocatorias afectadas, por la manifiesta ilegalidad.

d) Como conclusión final debemos reafirmarnos en las consideraciones formuladas anteriormente, y por ello, afirmar que resulta no ajustado a derecho la incorporación del personal de elección o designación política, que debe quedar proscrito de cualquier clase de convocatoria de selección, lo que parece estar calando en la realidad cotidiana, si bien eso no significa que la cuestión este resuelta definitivamente, ya que, hemos apreciado que se han buscado de forma inmediata soluciones al problema de no poder controlar la composición de los órganos de selección, y así, nos encontramos con la utilización inadecuada por parte de las corporaciones locales de la figura del “*personal eventual*”, regulada por el artículo 12 del EBEP, y cuyas funciones están limitadas a cuestiones de “*confianza*”, se entiende de suyo, que política, y de “*asesoramiento especial*”, lo que supone que no puede intervenir ni participar en el funcionamiento ordinario de la estructura administrativa ni en la gestión administrativa⁴⁴.

Ahora bien, dicho lo anterior es preciso realizar una acotación, ya que con la nueva regulación del artículo 13 del EBEP, es preciso distinguir al eventual del personal directivo, lo que supone como ha señalado la doctrina⁴⁵ cerrar definitivamente la confusión generada por las previsiones del artículo 176.2 del RDL 781/1986, que permitió el desempeño por personal eventual de puestos de carácter directivo en las corporaciones locales.

Así pues, a través de la figura del personal eventual se están contratando por las corporaciones locales, de toda clase de color político, a Arquitectos, Arquitectos Técnicos, Asesores Jurídicos para Urbanismo, coordinador informático, Educador para Aulas de menores de dos años, acompañante de alumnos para autobús y comedor escolar, y un largo catálogo de curiosidades⁴⁶.

⁴⁴ En ese mismo sentido se manifiesta, BOLTAINA BOSCH, X., (2006), pág 179.

⁴⁵ SANCHEZ MORON, M. (2007), pág. 101.

⁴⁶ En este sentido vamos a destacar lo ocurrido en varios Ayuntamientos de Cantabria, así: Ayuntamiento de Camaleño (Coordinador Asesor Informático)- BOC. N° 149 de 1 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Arenas de Iguña (Arquitecto Municipal)- BOC n° 144 de 25 de julio de 2007; Ayuntamiento de Bárcena de Cicero (Arquitecto Municipal, Arquitecto Técnico Municipal, Educador en el Aula de dos años del Colegio Público) BOC n° 128, de 3 de julio de 2007; Ayuntamiento de Castañeda (Arquitecto Municipal y Operario de cometidos múltiples- notificaciones, citaciones, compras de material y tareas menores en oficinas municipales) BOC n° 149 de 1 de Agosto de 2007; Ayuntamiento de Penagos (Acompañante de alumnos de la escuela Preescolar de Arenal en el autobús y comedor escolar, Encargada

A nuestro juicio, estas actuaciones son manifiestamente ilegales, y es una demostración manifiesta de un “*fraude legis*”, cuya finalidad no puede ser otra, que el evitar las exigencias legales del EBEP, en materia de acceso y selección en el empleo público, en especial como decíamos la obligada ausencia de representantes políticos y sindicales de los Tribunales.

3.-La exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás personal de representación (artículo 60.3 del EBEP).⁴⁷

1.- Introducción: La Génesis de la propuesta de Exclusión y examen de la “ratio legis” del precepto aprobado.

Estamos en presencia de una de las más llamativas novedades introducidas por la Ley 7/2007 EBEP, en concreto, la exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y representantes de comunidades autónomas de su participación en los órganos de selección en las administraciones públicas, y en concreto de las administraciones locales, tal como determina el artículo 60.3 del EBEP.

Pues bien, esta cuestión ya fue abordada en los trabajos preparatorios del Proyecto de Ley del EBEP, en concreto, por la Comisión de Expertos convocada al efecto⁴⁸, como consecuencia de

del Centro Avanzado de Comunicaciones, Encargada de la Biblioteca Municipal) BO nº 137 de 16 de julio de 2007; Ayuntamiento de Villacarriedo (Encargada de la atención del Centro Avanzado de Comunicaciones) BOC nº 142 de 23 de julio de 2007; Ayuntamiento de Argoños (Técnico Municipal), BOC nº 145 de 26 de julio de 2007; Ayuntamiento de Mazcuerras (Arquitecto Técnico Municipal), BOC nº 150 de 2 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Santiurde de Toranzo (Arquitecto Técnico Municipal) BOC nº 163 de 22 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Laredo (Animador cultural y de ocio) BOC nº 147 de 30 de julio de 2007, Ayuntamiento de Marina de Cudeyo (Encargado de Centros Públicos) BOC nº 157 de 13 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Penagos (Encargada de la Ludoteca, Secretario-interventor de las Juntas Vecinales del municipio) BOC. nº 137 , de 16 de julio de 2007; Ayuntamiento de Reocín (Auxiliar del Servicio de Obras, Coordinador de Deportes) BOC nº 145 de 26 de julio de 2007 y el mismo municipio (Arquitecto Técnico y Coordinador de Obras) BOC nº 140 de 19 de julio de 2007; Ayuntamiento de San Vicente de la Barquera (Asesor jurídico urbanista) BOC nº 158 de 14 de agosto de 2007; Ayuntamiento de Santa Cruz de Bezana (Coordinador de Actividades Deportivas) BOC nº 159 de 16 de agosto de 2007y por último, Ayuntamiento de Villaescusa (Arquitecto Técnico) BOC nº 159 de 16 de agosto de 2007 y también, en la provincia de Granada hemos comprobado el nombramiento como personal eventual en el Ayuntamiento de Cijuela (Asesoramiento técnico en materia de Urbanismo, Auxiliar administrativo de apoyo a las oficinas municipales; Dirección, coordinación y organización de la Biblioteca Pública municipal) BOP de Granada nº 149 de 3 de agosto de 2007, estas ocurrencias continúan a lo largo de y ancho del territorio de todo el Estado, así, en la Comunidad Autónoma Valenciana tenemos en Ayuntamiento de Navarres, incorpora su plantilla como personal eventual (Coordinador de brigadas y personal de mantenimiento) BOP Valencia nº 294 de 11 de Diciembre de 2007, también Ayuntamiento de Aielo de Malferit (Aesor y supervisor del personal de parques, jardines, obras y servicios del Ayuntamiento BOP Valencia nº 283 de 28 de Noviembre de 2007 y Ayuntamiento de Favara (Encargado de mantenimiento) BOP Valencia nº 274 de 17 de Noviembre de 2007, en la Comunidad Autónoma de Asturias , en concreto, Ayuntamiento de Siero (Jefe de Personal y Recursos) BOPA nº 13 de 17 de Enero de 2008; también Ayuntamiento de Avilés (Jefe de Servicio de Bienestar Social) BOPA nº 221 de 21 de Septiembre de 2007, además Ayuntamiento de Degaña (Coordinadora de Programas Culturales) BOPA nº 296 de 22 de Diciembre de 2007, también en Aragón, por ejemplo Ayuntamiento de Fraga (1 Redactor y 1 locutor de Radio Fraga) BOPHU nº 146 de 27 de julio de 2007, y términos este brece repaso realizado de forma aleatoria con la Comunidad Autónoma de Castilla-León , así Ayuntamiento de Santa Marina del Rey , (Responsables de Biblioteca y de Programa de Yacimientos de Empleo) BOP de León nº 162, de 24 de Agosto de 2007, también el Ayuntamiento de Brazuelo (Administrativo para atención al público, práctica de notificaciones, registro de entrada y salida de documentos, etc..) BOP de León nº 167 de 29 de Agosto de 2007 y por último, Ayuntamiento de Arroyo de la Encomienda (Responsable de Instalaciones) BOP de Valladolid de 13 de Julio de 2007.

⁴⁷ Para un examen más exhaustivo de la cuestión nos remitimos a nuestro trabajo FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, nº 306 / 2008, “*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*”.

⁴⁸ Nos referimos al denominado “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 91 y ss. , elaborado por encargo del MAP, destacando algunas consideraciones formuladas por la misma, así, señala:

- Ningún sistema de selección puede ser fiable, sino se garantiza en sus órganos de selección la exigencia de los principios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad.
- Los órganos de selección deben quedar al margen de cualquier influencia partidaria, gremial, sindical o corporativa.

estas propuestas, el primer borrador del anteproyecto que se elaboro por el MAP, con fecha 25 de noviembre de 2005, establecía expresamente la exclusión propuesta⁴⁹ por la Comisión de expertos, el citado texto fue objeto de negociación con Comunidades Autónomas, Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y organizaciones sindicales⁵⁰ (CC.OO, Csi-Csif y UGT), de manera que se elabora un segundo borrador, con fecha 17 de abril de 2006 que mantiene la misma redacción de la exclusión⁵¹, a este texto se le vuelven a realizar nuevas consideraciones continuando el proceso negociador con los mismos interlocutores, que en el caso sindical se concreta en la reunión celebrada el día 4 de mayo de 2006, en la cual vuelven a insistir estas organizaciones en exigir su presencia en los órganos de selección, tras la celebración de otras dos reuniones en fechas de 11 y 17 de mayo, no se alcanza un acuerdo a este respecto de forma que se mantuvo la redacción inicial en el Proyecto de Ley que se presento ante el Congreso de los Diputados⁵², ahora bien, durante su tramitación parlamentaria, algunas organizaciones sindicales mantuvieron encuentros con los grupos políticos con la finalidad, entre otras cuestiones, de que se les reconociera el derecho a formar parte de los órganos de selección, petición que fue atendida de forma parcial por algún grupo parlamentario⁵³, como consecuencia del debate suscitado por la presentación de estas enmiendas y la presión sindical, se alcanzo un acuerdo de

-
- Considera la Comisión como práctica inadmisibles para un funcionamiento correcto del sistema de selección, ya que carece de justificación objetiva, el uso que se ha hecho en nuestro país de configurar la composición de los órganos de selección *“mediante la designación de sus miembros por o en representación de grupos políticos o sindicales...”*.

Por último, se propone por la Comisión de forma expresa *“la exclusión derepresentantes de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones representativas de los empleados públicos”*.

⁴⁹ Efectivamente el artículo 39.2 del Anteproyecto señalaba: *“No podrán formar parte de los órganos de selección el personal de elección o designación política,, en representación de los sindicatos, órganos unitarios de representación del personal o asociaciones que ejerzan funciones de representación de los empleados públicos”*.

⁵⁰ La primera de las reuniones celebradas entre las organizaciones sindicales y el MAP, se celebro el día 13 de febrero de 2006, continuando la negociación en las sesiones de los días 20 de febrero, 1, 8 y 15 de marzo, finalizando aquí una primera fase de negociación, que no pudo modificar la redacción del artículo que excluye a las mismas de los órganos de selección.

⁵¹ En concreto, el nuevo borrador incorpora esta previsión en el artículo 60.2.

⁵² En concreto, se publicó en BOCG. Congreso de los Diputados Núm. A-94-1 de 08/09/2006, el artículo 60, con el siguiente texto:

Órganos de selección.

1. Los órganos de selección serán colegiados y su composición deberá ajustarse a los principios de imparcialidad y profesionalidad de sus miembros, y se tenderá, asimismo, a la paridad entre mujer y hombre.
2. El personal de elección o de designación política y el personal eventual no podrá formar parte de los órganos de selección.
3. La pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación de asociaciones, organizaciones sindicales, órganos unitarios de representación del personal o cualquier otra entidad representativa de intereses.

⁵³ Así, BOCG Congreso de los Diputados nº A- 94 -9 de 24 de Noviembre de 2006:

El Grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds , formulo dos enmiendas nº 173 (de supresión del apartado 3º del artículo 60) y la nº 174 de adicción que señalaba: Se propone añadir en el apartado 3 del artículo 60 el siguiente texto:

“Las organizaciones sindicales representativas, podrán participar con efectos fiscalizadores en los órganos de selección. Esta participación será con voz pero sin voto.”

Por otro lado, D. Francisco Rodríguez Sánchez (Grupo Parlamentario Mixto), presenta la enmienda nº 243, de adicción de un nuevo apartado cuarto al artículo 60, que señala lo siguiente:

“4. Las organizaciones sindicales tendrán derecho a recibir información y a efectuar un seguimiento de los procesos de selección.”

Por último, el Grupo Parlamentario de Esquerra Republicana (ERC), presento la enmienda nº 299, de supresión íntegra del apartado 3º del citado artículo.

consenso en el seno de la Comisión de Administraciones Públicas, así, el Dictamen⁵⁴ de la misma modificó el texto inicial del Proyecto de Ley, de forma que la nueva redacción no menciona expresamente a las organizaciones sindicales, pero sin embargo si se mantiene la finalidad y estructura normativa del mismo, y como consecuencia de ello, aunque no aparezcan mencionadas expresamente, a nuestro juicio, estas continuaban quedando excluidas de los órganos de selección.

Finalmente, debemos tener en cuenta el proceso final de aprobación del texto legal, así, con relación a la fase de enmiendas al artículo 60 realizada en el Senado, debemos destacar especialmente la enmienda del Bloque Nacionalista Galego⁵⁵ (GPMX), en concreto con carácter de adición, por la cual se solicitaba la incorporación de un nuevo apartado cuarto al artículo 60, cuyo contenido era el siguiente:

“4.- Las organizaciones sindicales tendrán derecho a recibir información y a efectuar un seguimiento de los procesos de selección”

Efectivamente, el sentido de esta enmienda aclara perfectamente, cual es el contenido material de la actual redacción del precepto, ya que precisamente la constancia de que el mismo supone la exclusión radical de las organizaciones sindicales justifica el intento de la enmienda de otorgar, al menos, a estas un derecho de información y seguimiento de los procesos ante la imposibilidad de formar parte de los órganos de selección, por lo cual, debemos ratificar desde la denominada *“ratio legis”*, que no hay duda de la exclusión de estas organizaciones.

A esto, debemos añadir que, a nuestro juicio, se produce un proceso de carácter *“compensatorio”* por la pérdida sufrida por las organizaciones sindicales en su cuota de participación en el ámbito de la selección, que supone la incorporación de las previsiones del artículo 31.6 del EBEP y el reconocimiento de legitimación activa para accionar contra las resoluciones en los procesos selectivos, única y exclusivamente para el ámbito sindical, a las organizaciones sindicales más representativas en el ámbito de la función pública, es decir, solo lo tienen CC.OO, CSI-CSIF y UGT, curiosamente las tres organizaciones que dieron su conformidad al Proyecto de Ley presentado por el Gobierno del Estado.

Debemos llamar la atención también sobre las previsiones del artículo 31.6 del EBEP, que desde la redacción original del Proyecto de Ley admitido a trámite, señalaba expresamente lo siguiente:

6. Las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública están legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.

Pues bien, este precepto no fue objeto de enmienda alguna y se mantuvo incólume hasta su aprobación definitiva, y su finalidad desde que fue incorporado a los diferentes anteproyectos era única y exclusivamente *“compensar”* a las organizaciones sindicales por la pérdida de su cuota de poder, en el desarrollo de los procesos selectivos, al perder estos la facultad que tenían hasta ese momento reconocida legalmente para formar parte de los órganos de selección.

II.- Examen de los fundamentos jurídicos que amparan la interpretación defensora de la exclusión al amparo del artículo 60.3 EBEP.

En primer lugar, debemos destacar que la doctrina administrativa especializada en esta área, se ha manifestado de forma unánime en contra de la inclusión en los órganos de selección, de las organizaciones sindicales y sus representantes, incluida la posibilidad de nombramientos de otras

⁵⁴ Así, por Dictamen de Comisión de fecha 15 de diciembre de 2006, que aprueba el texto que iba a ser objeto de examen y votación en el Pleno del Congreso, se modificó el apartado tercero del artículo 60, si bien, no en el sentido de ninguna de las enmiendas presentadas que fueron rechazadas todas ellas, sino mediante una fórmula de consenso, que no modificaba el sentido final del precepto (BOCG Congreso de los Diputados nº A- 94 -13 de 20 de Diciembre de 2006.

⁵⁵ Enmienda nº 7 de Adición del BNG, publicada en el BOCG del Senado Serie II nº 85 (d) de 21 de febrero de 2007.

personas por designación de los mismos o de los órganos de representación de los empleados públicos.

Dicho lo anterior, como en supuestos anteriores entendemos que debemos proceder a exponer nuestra posición al respecto, con el mayor detalle posible dentro de las limitaciones materiales de esta clase de trabajo orientado a una jornada, así, debemos comenzar con el examen de las siguientes consideraciones jurídicas:

A) El acceso al empleo público como derecho de los ciudadanos.

Efectivamente, durante mucho tiempo se ha considerado que el acceso y la selección de los empleados públicos, formaban parte del orden *“Estatutario”*, y por ello, los procedimientos de selección se encontraban controlados por los aparatos políticos y burocráticos, en algunos casos, pero esta consideración nunca ha sido ajustada del todo a nuestro orden constitucional, pues recordemos que el sentido de las previsiones, en especial, las del artículo 23.2, que señala: que los ciudadanos tienen *“Derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las Leyes”* y también el artículo 103.3 de la CE.⁵⁶, es considerar que estamos en presencia de un *“derecho de los ciudadanos”* al acceso al empleo público (STC 192/1991 y 138/2000, entre otras), que además goza de una especial protección de acuerdo con las previsiones del artículo 53.1 C.E., y este sentido, afortunadamente, ha sido recogido por el artículo 55.1 del EBEP, cuando establece literalmente la siguiente previsión: *“Todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público...”*, y este cambio de orden de análisis de la cuestión condiciona necesariamente la línea interpretativa que debe guiar el examen de la nueva regulación establecida por el EBEP.

B) La aplicación de los Principios de Imparcialidad, Profesionalidad e Independencia en la composición de los órganos de selección (art. 55.2 EBEP).

Así, procedemos a examinar el primero de los principios, en concreto, la exigencia de *“imparcialidad”*⁵⁷, debemos recordar como el Tribunal Constitucional⁵⁸, ha señalado que esta presenta un contenido subjetivo, entendido este como la prohibición de intervención a aquellos miembros que hayan tenido una relación previa indebida o inconveniente, y por otro lado, un contenido objetivo, que al igual que en el caso anterior impide la participación pero por causa de la existencia de vínculos directos y permanentes con los ciudadanos que optan al proceso selectivo, así, no puede negarse que las organizaciones sindicales están formadas no solo por empleados públicos, sino por un amplio conjunto de ciudadanos pertenecientes gremialmente a la organización, teniendo estas establecido en sus propios Estatutos lógicamente la defensa de sus afiliados, lo que supone que difícilmente se pueda afirmar que se dan las condiciones para hablar de imparcialidad, ya que no hay duda de la existencia de vínculos directos y permanentes .

A lo anterior, también le resultan de aplicación otras previsiones recogidas por normas vigentes con anterioridad a la entrada en vigor del EBEP, pero que entendemos no han resultado afectadas, en el sentido de su derogación expresa o tácita, nos referimos, en concreto, a las previsiones de los artículos 28 y 29 de la Ley 30/1992 LRJPAC que regulan las causas legales de

⁵⁶ LORENZO DE MEMBIELA, J.B., (2005), *“El Acceso y la Provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública”*, Aranzadi- Pamplona, págs. 54 y ss., e igualmente PUERTA SEGUIDO, F., (2003), *“La consolidación del Empleo Público Precario”*, Lex Nova – Valladolid, págs. 47 y ss., y por último, el gran trabajo de FERNANDEZ FARRERES, G. (1992), *“Régimen Jurídico de la Función pública y Jurisprudencia Constitucional”*. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 12, Centro de Estudios Constitucionales- Madrid, págs. 61 y ss.

⁵⁷ No hay que olvidar cual es la razón que ha animado al legislador ha incorporar la exigencia como principio básico la imparcialidad, y que no es otra, como ya manifestó la Comisión de Expertos, que la confirmación de que nuestro sistema de selección se ha visto afectado en demasiadas ocasiones por el clientelismo social y político, y estas previsiones se han diseñado con la única finalidad de evitar, en la medida de lo posible, el lastre que presenta nuestro sistema en estos momentos.

⁵⁸ Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional son referidos especialmente al ámbito judicial, si bien, sus consideraciones son de directa aplicación a nuestro caso, así destacan SsTC 5/2004, 240/2005, 306/2005 y 55/2007).

abstención y recusación.

En cuanto, a la **profesionalidad** esta debe ser entendida como la obligación de que “*todos*” los miembros, sin excepción, estén en posesión de los conocimientos necesarios en las materias sobre las que versa el proceso selectivo, como principio de especialización, por ello, debemos felicitarnos por la incorporación al texto del Estatuto Básico de una exigencia que hasta el sentido común demandaba y la propia garantía de aplicación del principio de objetividad en el desarrollo del procedimiento.

Por último, con relación al **Principio de Independencia**, hay que entender el mismo, como ya ha señalado la doctrina⁵⁹, en el sentido que los órganos de selección no pueden estar sujetos a instrucciones de ningún tipo, ni a interferencias o influencias espurias por parte de persona u organización alguna.

C) Examen del Derecho de libertad sindical: ¿Hay colisión entre este derecho y la decisión legal de exclusión de las organizaciones sindicales, asociaciones profesionales y demás órganos de representación de los órganos de selección ?.

Entendemos que con criterio coherente de estudio resulta preciso comprobar si pudiera existir alguna clase de colisión con el ejercicio de la libertad sindical como organizaciones sindicales y también de los derechos de los órganos unitarios de representación⁶⁰.

A) Análisis de la configuración del Derecho de Libertad Sindical en el orden constitucional español.

La Constitución Española regula de forma detallada este derecho a través de las previsiones de los artículos 7 y 28.1 de la Constitución Española, habiéndose realizado el desarrollo de este derecho fundamental por medio de la Ley 11/1985 de 2 de agosto, Orgánica de Libertad Sindical, siendo este, en principio, el marco jurídico esencial al objeto de delimitar el alcance jurídico material de este derecho fundamental.

Así, se ha expuesto por la doctrina laboral⁶¹, que en la configuración de este derecho se puede hablar de un contenido individual y otro colectivo, el primero de ellos respondería al conjunto de derechos de los que serían titulares los trabajadores individualmente considerados (artículo 28.1 C.E.), y en cuánto, a su ámbito colectivo nos encontraríamos ante los derechos que les correspondería a los sindicatos constituidos (artículo 7 y 28.1 C.E.).

Ahora bien, nos parece más clarificadora para el objetivo de este trabajo, la clasificación de *Albiol*⁶², así, se puede afirmar que existe un contenido esencial de la libertad sindical, directamente

⁵⁹ SANCHEZ MORON, M. (2007), “Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público”, Lex Nova – Valladolid, pág. 399.

⁶⁰ Debemos destacar el pronunciamiento del TSJ de Cantabria, en su Sentencia de 10 de Diciembre de 2008, en la cual se declara expresamente que la exclusión de las organizaciones sindicales en los órganos de selección, de ninguna forma supone una violación del derecho de libertad sindical.

⁶¹ PALOMEQUE LOPEZ, M.C., coautor con ALVAREZ DE LA ROSA, M., (2005), “Derecho del Trabajo”, Editorial Ramón Areces, Madrid – págs. 311 y ss., para una exposición complementaria ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE M.E., (2002), “Derecho del Trabajo”, Civitas – Madrid, págs. 613 y ss. y por último, RODRIGUEZ PIÑERO, M. (1986) - Coordinador-, “Comentarios a la Ley Orgánica de Libertad Sindical”, Tecnos – Madrid.

⁶² ALBIOL MONTESINOS, I., coautor junto a SALA FRANCO, T., (2003), “Derecho Sindical”, Tirant Lo Blanch (9ª Edic.) – Valencia, pág. 44., y en concreto, Albiol señala:

“Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se puede afirmar que existe un “*contenido esencial y otro adicional del derecho de libertad sindical*”, debiendo entender que en relación al primero de estos:

a) El contenido esencial supone no solo el derecho de constituir sindicatos y el de afiliarse a los mismos, sino también que las organizaciones sindicales realicen las funciones que de ellos es dable esperar, dentro del Estado Democrático Constitucional⁶², constituyendo todo ello, el núcleo esencial del derecho.

Por ello, si se analiza de forma coordinada las previsiones de los artículos 7 y 28.1, a las organizaciones sindicales les corresponde “*el ejercicio de aquellos derechos necesarios para el cumplimiento de tal función y que constituyen*

derivado de las previsiones de los artículos 7 y 28.1 de la C.E., si bien, ese contenido no puede ser considerado como un listado cerrado y completo según indica el Tribunal Constitucional, en su **STC 23/1983**.

Así, tras haber examinado el denominado “*contenido esencial*” del derecho de libertad sindical, no es posible reconducir a su ámbito la existencia de un derecho constitucional de participación en los mismos, por ello, podemos afirmar, a nuestro juicio, que este derecho de participación fue reconocido hasta este momento por medio de diversos instrumentos normativos (R.D. 364/1995 y los correspondientes Convenios Colectivos aplicables en cada una de las Administraciones Públicas), todos ellos, de rango jerárquico inferior a la Ley, y por lo tanto susceptibles de modificación o supresión sin colisión legal alguna con el orden constitucional, por ello, a nuestro juicio, tiene amparo legal y constitucional la decisión emanada de las previsiones del artículo 60.3 del EBEP.

B) Examen del régimen de participación de los órganos unitarios de representación del Personal al servicio de las Administraciones Públicas (Juntas de Personal y Comités de Empresa).

En relación a las denominadas “*Juntas de Personal*”, órganos de representación específicos para el personal con relación jurídico funcional, debemos remitirnos directamente a las propias previsiones del EBEP, en concreto, las previsiones del artículo 40 del citado cuerpo legal, y tras un examen detallado del mismo se puede afirmar, sin duda alguna, que estas no ostentan competencia o derecho alguno con respecto a esta cuestión, con lo cual no puede alegarse en ningún momento que estemos en presencia de un contenido adicional a la libertad sindical constitucionalmente reconocida a las organizaciones sindicales.

Por otro lado, nos encontramos con la figura de los Comités de Empresa, cuyas competencias se encuentran reguladas básicamente en el artículo 64 del RDL 1/1995, del Estatuto de los Trabajadores, tras su última modificación operada por la Ley 38/2007, de 16 de Noviembre, el cual tras proceder del mismo modo que en el caso anterior y examinar la doctrina laboral al respecto⁶³, nos lleva a la conclusión que, en ningún caso existe reconocimiento legal alguno a la participación en los órganos de selección en las administraciones públicas y menos aún en el ámbito de la empresa privada.

C) Estudio del contenido jurídico material de la expresión “representación”.

Recordemos que el texto del precepto señala que la participación en los órganos de selección deberá ser siempre a título individual, no siendo admisible actuar en representación o por cuenta de nadie.

Así, con relación a los conceptos de “*representación o por cuenta*”, podemos señalar que efectivamente nos encontramos ante instrumentos jurídicos de amplio arraigo en nuestro

manifestación ineludible de la libertad sindical reconocida en el artículo 28.1 en su vertiente colectiva” (SsTC 45/1984 y 39/1986).

Así, entiende *Albiol*, que estos derechos necesarios a incluir en el contenido del derecho de libertad sindical, son los siguientes: negociación colectiva, huelga e incoación de conflictos (**SsTC 39/1986 y 9/1988**).

b) A ese ámbito esencial del derecho debe añadirse un contenido adicional, así reconocido por el Tribunal Constitucional en su **STC 9/1988**, de forma que el derecho de libertad sindical quedaría integrado por los derechos o facultades básicas que el ordenamiento jurídico les reconocería, lo que por otro lado no impide que los mismos puedan ser objeto de modificación o incluso supresión (**SsTC 9/1988 y 61/1989**).”

⁶³ GALIANA MORENO, J. (2005), en AA.VV. “Comentarios al Estatuto de los Trabajadores”, Aranzadi, Pamplona, págs. 561 y ss., asimismo, ALBIOL MONTESINOS, I. (2003), págs. 202 y ss., y para un examen más amplio de la cuestión es muy recomendable la obra SEMPERE NAVARRO, A.V., (coordinación), de AA.VV. (2007) “Gobierno de la Empresa y participación de los Trabajadores: Viejas y nuevas formas institucionales (XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)”, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, y por último, con referencia al ámbito de influencia de la normativa europea al respecto y en especial la cuestión del Comité de Empresa Europeo, DURAN LOPEZ, F. y SAEZ LARA, C. (1997), “El Papel de la participación en las nuevas Relaciones Laborales”, Civitas, Madrid.

ordenamiento jurídico privado, es decir, nuestro Código Civil, y a ello, debemos añadir que estos también han sido objeto de un amplio estudio por parte de la doctrina civilista⁶⁴, la cual claramente diferencia entre la llamada “*representación indirecta*”, que supone que el representante realiza el acto en nombre propio, aunque por cuenta de otro, y por otro lado, tenemos la llamada “*representación directa*”, en la cual el representante realiza el acto a nombre del representado, pues bien, no existe duda de que las previsiones del apartado tercero del artículo 60, comprende de modo expreso ambos tipos de representación, dicho lo cual, debemos partir de una primera consideración básica, que los nombramientos de miembros de órganos de selección, siempre se realizaban en respuesta a una cuota reservada a estas organizaciones, las cuales designaban las personas que les iban a representar como organización y dentro de su cuota, con independencia de si su actuación respondía más a una representación indirecta o directa, por lo cual no existe duda de que se cumplen los notas básicas reconocidas tanto por la doctrina civilista como por nuestro propio ordenamiento jurídico, para afirmar que estamos en presencia de un proceso de otorgamiento de representación, lo cual, se encuentra de modo expreso prohibido por el precepto analizado del EBEP.

Es cierto, que ante este panorama se intenta seguir nombrando a representantes de las organizaciones sindicales, pero de forma encubierta, es decir, respetando de “*facto*”, la cuota pactada, si bien, “*formalmente*”, el nombramiento se hace a título individual, entendemos que estamos en presencia de un “*fraude legis*”, que con un examen detallado de las convocatorias y las adscripciones sindicales de algunos de los miembros de los órganos de selección, en vía jurisdiccional no sería excesivamente complicado conseguir la nulidad del nombramiento, y en especial, si estos recaen en personas con cargos en órganos de representación, institucionales (Mesas de negociación) u organizativos en su propio sindicato.

III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.-

Expuestas las razones por las que, a nuestro juicio, justifican adecuadamente la posición de considerar que las organizaciones sindicales, miembros de órganos unitarios de representación de empleados públicos, asociaciones profesionales y similares se encuentran legalmente excluidas de los órganos de selección, y haber realizado un recorrido por el “*iter*” seguido por la propuesta formulada por la Comisión de expertos redactores del proyecto del EBEP, como asimismo, la gestación de la norma aprobada por el Parlamento, en especial la “*ratio legis*” de la misma, procede realizar un examen de lo acaecido en estos tres últimos años, tanto en el ámbito dogmático como el jurisprudencial y en la aplicación práctica de las citadas previsiones.

a) Posiciones Doctrinales:

A este respecto, vamos a realizar unas consideraciones lo más breves posibles, dado que entendemos que este ámbito ya ha sido reseñado anteriormente con algún detalle, y además, a los efectos de extraer unas conclusiones ilustrativas para el día a día pueden resultar interesantes pero desde luego no definitivas.

Por ello, nos limitamos a señalar que la Doctrina Administrativa especializada en el ámbito del empleo público se ha manifestado de forma unánime a favor de la citada exclusión, adoptando cada uno de los autores diferentes argumentaciones que por límites de espacio y tiempo no podemos detallar, pero si destacar que en lo esencial son coincidentes, y que en ningún caso contradicen o rechazan ninguno de los argumentos anteriormente expuestos por este ponente, por ello, nos limitamos a remitirnos a una breve referencia bibliográfica de los principales autores⁶⁵, si bien, también existen algunas opiniones que adoptan una posición intermedia como en el caso de

⁶⁴ CASTAN TOBEÑAS, J., (2005) “Derecho Civil Español Común y Foral” Tomo I – Vol. I, págs. 592 y ss., también ESPIN CANOVAS, D. (1978), “Manual de Derecho Civil Español” Vol. I, págs. 451 y ss.

⁶⁵ SANCHEZ MORON, M. (2007) “Comentarios al EBEP”, Lex Nova – Valladolid; CASTILLO BLANCO, F. y JIMENEZ ASENSIO, R. (2009), “Informe sobre el Empleo Público Local”, Fundación Democracia y Gobierno Local- Madrid; ORTEGA ALVAREZ, L. “Estatuto Básico del Empleado Público” (2008), LA LEY-WOLTERS – Madrid.

ALFONSO MELLADO, a las que haremos referencia posteriormente con más detalle.

b) Interpretación por parte del Consejo de Estado.

Resulta de gran interés la posición mantenida por el Consejo de Estado, en un Dictamen emitido hace muy poco tiempo, en concreto, nos referimos al Dictamen nº 796/2010/263/2010, de fecha 17 de junio de 2010, emitido con motivo de la petición formulada por la Comunidad Autónoma de Cantabria, con relación a la modificación del artículo de las Normas Marco de los Cuerpos de Policía Local de Cantabria referida a la composición de los tribunales de selección, y con relación a la cuestión que nos afecta manifiesta:

*“El artículo 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del estatuto Básico del Empleado Público, dispone que “la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie”. Y, en atención a la claridad de este precepto, **no se ha suscitado duda alguna acerca de la ausencia de los representantes sindicales en los tribunales de oposiciones u órganos de selección**”.*

La claridad del pronunciamiento deja poco espacio para cualquier comentario añadido, simplemente destacar que su posición confirma las posiciones favorables a la exclusión anteriormente señaladas.

c) Examen de la Jurisprudencia.

De forma previa, debemos señalar que en esta materia los pronunciamientos jurisdiccionales son en estos momentos todavía cuantitativamente muy pocos, y cualitativamente escuálidos, además de referirse todos ellos al ámbito del personal laboral, con excepción de la referida al personal estatutario del ámbito sanitario, y ninguna de las sentencias se refiere a procesos de selección de personal funcionario o laboral en procesos selectivos ordinarios y de carácter general en las diferentes administraciones públicas (Estatal, Autonómica y Local).

1.- Reconocimientos a favor de la participación sindical en los órganos de selección:

a) Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de fecha 3 y 4 de Diciembre de 2009, que resuelven el mismo supuesto fáctico, y con las mismas partes, en concreto, estamos ante recursos interpuestos contra la decisión de la “Entidad Pública Empresarial ADIF”, entre otras cuestiones por la pertenencia a los órganos de selección, que conforme declara el hecho quinto de la sentencia:

“...los representantes de los trabajadores por el comité general, a propuesta de los sindicatos CC.OO y UGT, quienes identificaron, junto al nombre de los elegidos, la pertenencia al sindicato correspondiente”.

Debe tomarse en consideración que el X Convenio Colectivo aplicable establece en su artículo el art. 112, la composición de los Tribunales de evaluación:

“Dos Vocales, Representantes del Personal, designados por la Representación Sindical.”.

A la vista de lo anterior, continua la sentencia señalando:

“El art. 60, 3 del EBEP dice lo que sigue:

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

La DA 3ª del RD 66/2008, de 25 de enero, dice lo siguiente:

“La composición de los tribunales y órganos de selección se atenderán a lo establecido en el art. 60 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

De conformidad con lo establecido en el mismo, no podrán formar parte de comisiones de selección o de los tribunales de pruebas selectivas para ingreso en cuerpos o escalas de funcionarios o en categorías de personal laboral, quienes tengan la consideración de alto cargo de acuerdo con lo establecido en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del

Estado".

Es evidente, por tanto, que la pertenencia a los órganos de selección será siempre a título individual, no pudiendo ostentarse ésta en representación o por cuenta de nadie, de conformidad con lo establecido en el art. 60, 3 del EBEP, **lo que no significa que los vocales no puedan ser nombrados por la representación sindical, sino que el nombramiento no puede realizarse para que representen a la organización sindical, debiendo representarse a sí mismos, pretendiéndose evitar, de este modo, por el legislador que se produzca ningún tipo de actividad clientelar en los procesos selectivos de ingreso en las empresas,** reiterándose dicho mandato por la DA 3ª del RD 66/2008, de 25 de enero.

Por consiguiente, probado que los "vocales sindicales" del Tribunal evaluador fueron elegidos formalmente por el comité general de empresa y realmente por los sindicatos mayoritarios, como se desprende del hecho probado quinto, **probándose que la sigla aparecía junto al nombre del elegido, debe convenirse con los demandantes, que dicha actuación constituyó clara vulneración de los preceptos antes dichos,** pero al igual que con los certificados médicos previos debería saldarse, caso de no haberse declarado la nulidad de la convocatoria por otras causas, con la anulación de los nombrados, en tanto que representantes de los sindicatos mayoritarios, para que el comité general de empresa proceda a nombrar dos vocales sin relacionarlos con ningún sindicato.

b) Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de fecha 15 de Diciembre de 2009.

En este caso nos encontramos ante un supuesto semejante, es decir, recurso formulado contra la designación de órganos de selección para el reclutamiento de personal de la "Entidad Pública Empresarial RENFE", en este caso, los vocales en representación de los trabajadores fueron elegidos entre los propuestos por los sindicatos con mayor representatividad en el Comité general de Empresa, sin que constara su filiación. Pues bien, pocas conclusiones se pueden extraer sobre su pronunciamiento al respecto, dada la absoluta falta de motivación de la misma, ya que se limita a señalar expresamente:

"En último lugar se alega que el Tribunal establecido en la convocatoria de selección estará compuesto por un Presidente y tres vocales. El Presidente y uno de los vocales designados por la empresa y los otros dos están designados entre los representantes de personal propuestos por CC OO y SEMAF. Según el letrado de la actora este sistema vulnera lo dispuesto en el art. 60.3 de la L. 7/2007 de 12 de abril en el que se establece que la pertenencia a los Tribunales u Órganos de Selección lo será a título personal no en representación de nadie. Además este hecho, en su opinión, no solo es muestra de la falta de imparcialidad del tribunal sino que lesiona el derecho del sindicato demandante a la acción sindical.

Ninguna de estas alegaciones puede prosperar."

2.- Reconocimientos en contra de la participación sindical en los órganos de selección:

A este respecto solo podemos señalar una única sentencia, en concreto la dictada por el **TSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 22 de septiembre de 2008.**

Hay que efectuar una advertencia previa, y es que la misma se refiere al ámbito del personal estatutario al servicio del Servicio Andaluz de Salud, pues bien, en este caso estamos ante la exclusión de la representación sindical de los órganos de selección, así señala en su fundamento jurídico sexto lo siguiente:

"En relación a este punto debe desestimarse también la demanda: aparte de que no se indican en la misma los preceptos concretos y singulares de las leyes citadas -9/1987 y 11/1985 -, que hubieren sido violentados por la norma impugnada, es lo cierto que la presencia de los sindicatos en la selección de los cargos en modo alguno es preceptiva, tal como se desprende tanto del art. 3 del Estatuto Marco en desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud, -la norma no concede oportunidad de la participación sindical-, como tampoco el art. 60 del Estatuto Básico del

*Empleado Público , Ley 7/07, de 12 de Abril , que al disponer que “...los órganos de selección serán colegiados..., no pudiendo formar parte de ellos el personal de elección o de designación política..., siendo siempre a título individual la pertenencia a tales órganos, sin posibilidad de ser ésta en representación o por cuenta de nadie”, **está, sin duda, regulando un sistema de selección que prima principios tales como los de “profesionalización” de los órganos de selección, de exclusión de los mismos de personal electivo o de designación política, así como de exclusión de la asistencia por representación, en principio extraños al espíritu que informa el carácter de lo pretendido por el Sindicato actor.**”*

Y este es el escuálido panorama jurisprudencial que tenemos con respecto una cuestión tan esencial como la participación de los representaciones sindicales en los órganos de selección, a la vista de lo cual podemos formular unas breves consideraciones:

1.- Del examen de las sentencias citadas anteriormente, hay que destacar un cuestión fundamental, y es que las mismas no pueden, en ningún caso, ser consideradas como jurisprudencia que complementa el ordenamiento jurídico conforme lo establecido en el artículo 1º.6 del Código Civil, por ello, en el mejor de los casos solo podemos hablar de meras opiniones judiciales.

2.- En cuanto a las sentencias favorables al reconocimiento de la representación sindical en los órganos de selección, lo primero que debemos indicar es que solo una de estas realiza una exposición razonada, de la misma se desprende las siguientes conclusiones:

a) Que los miembros de los órganos legales de representación de los empleados públicos (Comité de Empresa y Junta de Personal) pueden formar parte de los tribunales.

b) Por el contrario no pueden formar parte de los órganos de selección, los miembros de los órganos institucionales de las organizaciones sindicales, ya que, considera: **que el nombramiento no puede realizarse para que representen a la organización sindical, debiendo representarse a sí mismos”**.

c) Por último, podría considerarse en una interpretación extensiva de la citada sentencia, que se reconoce la posibilidad de nombramiento por parte de los órganos de representación legal de los empleados públicos, de representantes que no sean miembros de los citados órganos de representación de los empleados públicos e institucional de las organizaciones sindicales, siempre y cuándo actúen por su propia cuenta.

3.- Resulta realmente sorprendente la argumentación utilizada por la Audiencia Nacional, dado que rechaza el nombramiento en representación expresa de una organización sindical, pero admite la realizada por los órganos de representación, y la pregunta sería, ¿Quiénes forman parte de los órganos de representación?, pues la respuesta es clara, los miembros de las organizaciones sindicales, en principio excluidas, las cuales son las que elaboran las listas electorales que concurren a los procesos electivos, y los resultados electorales obtenidos son atribuidos directamente a estas mismas, lo que permite determinar el cálculo que atribuye cuales son las organizaciones más representativas, en los términos establecidos por la LOLS.

Acaso lo que nos quiere decir la Audiencia Nacional en su sentencia, es que si el miembro del Comité de Empresa o de la Junta de Personal, es designado por medio de un acuerdo adoptado en un “café”, ya que no admite el nombramiento formal, entre los miembros de la representación sindical, con independencia de que el mismo sea afiliado a una determinada organización y además haya conseguido su designación en una lista electoral autorizada legalmente y representando a un concreto sindicato, entonces si es legal su participación en un Tribunal, por que entonces por intervención divina, ese representante actúa, a partir de ese momento, a título individual y desaparece durante ese periodo de tiempo su condición de representante legal de una organización sindical. Realmente, a nuestro juicio, nos resulta que la argumentación del Tribunal resulta no solo contradictoria sino que nos lleva a una solución absurda, que además parece desconocer el sentido de los términos del artículo 60.3 del EBEP, en cuanto a la configuración legal de los conceptos “representación o por cuenta de nadie”, que ya hemos explicado anteriormente y a los cuales nos remitimos.

Quizás la única explicación razonable, sería que solo los miembros de los órganos de representación que hubieran concurrido al proceso electoral a título individual y personal, lo que solo es posible en aquellas administraciones donde por el número de empleados solo puedan elegirse delegados sindicales, lo cual no es realidad mayoritaria, pues a estos efectos una agrupación de trabajadores también formaría parte del concepto excluido de organizaciones de representación de intereses profesionales, serían los habilitados legalmente para formar parte de los órganos de selección, lo cual resultaría también, a nuestro juicio, carente de fundamentación además de discriminatorio, violentando el principio de igualdad y por ende, incidiendo en el derecho de libertad sindical, por ello, también debemos rechazar esta posibilidad.

Con relación a la última de las posibilidades interpretativas, es decir, el nombramiento de representantes no miembros de los órganos de selección, volvemos a la misma contradicción ya señalada, así, se exigiría que su nombramiento fuera realizado por los órganos de representación legal, pero que el mismo no supusiera una representación de las organizaciones sindicales, y ahora, con perdón, la pregunta es obvia, ¿Quién forma los citados órganos?, pues los representantes elegidos en las listas encabezadas por las siglas de los sindicatos, sinceramente nos parece que estamos en presencia de un manifiesto “desiderátum”. Parece pues, que la solución del Tribunal responde al famoso refrán “ojos que no ven, corazón que no siente”, es decir, no haga usted referencia alguna a cual es el origen del nombramiento de representantes, y entonces no hay problema, quizás para alguno pueda ser la solución perfecta, pero a nuestro juicio, ello supone un manifiesto “fraude legis”.

Por último, en cuanto a la sentencia del TSJ de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso Administrativo, con fecha 22 de septiembre de 2008, debemos manifestar que la misma tampoco supone un alarde expositivo de razonamientos, con lo cual nada podemos añadir, salvo remitirnos a nuestro estudio que defiende la exclusión.

Por todo ello, debemos reiterar que en el momento actual el desarrollo de la Jurisprudencia con respecto a este tema, aporta muy poco, y en todo caso presenta múltiples deficiencias axiológicas, de forma que su valor es mínimo.

d) Especial referencia a la cuestión de la participación sindical en los procesos selectivos en el ámbito de las relaciones jurídico laborales, en concreto, el artículo 61.7 del EBEP.⁶⁶

A la vista de lo anteriormente expuesto, resulta necesario examinar de forma detallada y sistemática las previsiones del artículo 61.7 del EBEP, precepto que es resultado de las negociaciones con las organizaciones sindicales a las que nos hemos referido anteriormente, y cuyo contenido se hace, en principio, difícil de determinar, en concreto, nos referimos al acotamiento jurídico material de la facultad reconocida a las organizaciones sindicales para *“negociar las formas de colaboración que en el marco de los convenios colectivos fijen la actuación de las organizaciones sindicales en el desarrollo de procesos selectivos”*.

Así, conviene realizar unas reflexiones sobre el contenido del precepto, ya que, como veremos posteriormente en la aplicación práctica del artículo 61.7 del EBEP se está produciendo un vaciamiento del contenido las previsiones del artículo 60.3 del EBEP, por lo tanto, estimamos necesario formular las siguientes consideraciones:

a) No hay duda de que las previsiones de este apartado 7º, únicamente alcanzan al ámbito de las relaciones laborales y las organizaciones sindicales que desarrollen su actividad en ese sector, quedando expresamente fuera de su objeto, los órganos de representación legal de los trabajadores, así como los funcionarios y sus instrumentos de negociación (Acuerdos y Pactos), si bien, esta apreciación inicial, como veremos después, no resulta del todo cierta.

b) Una premisa esencial a tener en cuenta, es que las previsiones del artículo 60.3 del EBEP, se configuran como norma expresamente prohibitiva de carácter general y los efectos de su extensión alcanzan por razones constitucionales (naturaleza básica) a todas las administraciones

⁶⁶ Con referencia a esta cuestión, debemos remitirnos a nuestro trabajo, FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008), en la Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica, págs. 230 y ss.

públicas, y por razones subjetivas resulta de aplicación al conjunto de las relaciones de empleo público (funcionarios y laborales), por ello, este apartado séptimo del artículo 61 no puede ser interpretado en colisión con las exigencias legales del precitado artículo, sino que el mismo debe ser integrado dentro del sentido general establecido de prohibición expresa de la participación sindical en los órganos de selección.

c) A la vista de lo expuesto, examinemos detalladamente el contenido del precepto, así, este establece que lo que se permite negociar son únicamente “formas de colaboración”, lo que supone, a nuestro juicio,⁶⁷ que en ningún caso estas pueden suponer una participación ni tan siquiera indirecta (en este sentido ya se ha planteado en algunos municipios la figura del observador), en los órganos de selección, dado que prevalece necesariamente el mandato general del artículo 60.3 de aplicación también al personal laboral.

Lógicamente debemos preguntarnos entonces cuál es el ámbito material donde se debe desarrollar esa colaboración, así, entendemos que debe acotarse el mismo, desde un criterio positivo, y por otro lado, a través de la vía de exclusión, así:

a) Empezando por el último de los criterios, como ha señalado Sánchez Morón⁶⁸ esta colaboración no puede poner en cuestión, en ningún caso, el derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso al empleo público, asimismo, como ya hemos indicado anteriormente, en ningún caso se pueden incumplir las previsiones del artículo 60.3 del EBEP.

b) Por otro lado, el EBEP ha modificado el régimen jurídico aplicable, sobre las materias que pueden ser objeto de negociación, pues recordemos que la Ley 9/1987 LORP, establecía en su artículo 32 g) la consideración de materia negociable “*los sistemas de ingreso..... de los funcionarios públicos*”, no estableciendo el artículo 34 de la LORP ninguna excepción sobre esta materia como no objeto de negociación.

De forma, que ahora nos encontramos, con las previsiones del artículo 37.1 c) del EBEP que declara como materia objeto de negociación “*las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso....*”, como se puede comprobar con una simple lectura comparativa, las previsiones actuales son mucho más restrictivas que las anteriores, a nuestro juicio, la negociación queda limitada a la negociación de una futura Ley de función pública y su Reglamento de desarrollo, y en todo caso alguna Orden de naturaleza normativa⁶⁹, pero resulta imposible descender más allá en la negociación, a diferencia de la anterior situación, y ello, por la previsión del artículo 37.2 e), que complementa las previsiones anteriores, al declarar de forma expresa la exclusión de la negociación de la “*regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público...*”, es decir, a simple título de ejemplo, las Bases de cualquier convocatoria quedarían excluidas de negociación sindical.

Ubicada la cuestión desde un punto de vista sistemático, y desde un criterio positivo procede realizar un examen más detallado sobre el alcance y aplicación de las previsiones del artículo 37.2 del EBEP, así, conforme manifiesta la doctrina⁷⁰, el mismo resulta de aplicación común a funcionarios y laborales⁷¹, así, fijado el límite subjetivo de aplicación del artículo 37, se puede

⁶⁷ En este mismo sentido se han pronunciado SANCHEZ MORON, M. (2007), págs. 413 y ss. y también ORTEGA ALVAREZ, L. en ponencia expuesta en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo (UIMP), en Santander, dentro del Curso denominado: “El desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público”, organizado por el MAP y celebrado los días 3 al 7 de septiembre de 2007.

⁶⁸ SANCHEZ MORON, M. (2007), pág. 414.

⁶⁹ Con relación a esta cuestión y en ese mismo sentido se ha manifestado ROQUETA BUJ, R., (2007), “El Derecho de Negociación Colectiva en el EBEP”, Madrid- La Ley, pág 170.

⁷⁰ SANCHEZ MORON, M. (2007), págs. 293 y ss.

⁷¹ A nuestro juicio, esta afirmación no puede ser tan general, sino que es preciso colocar esa declaración en su correcta ubicación con relación a las previsiones del artículo 36. 2 y 3 del EBEP, en concreto, su declaración de que las materias recogidas en el artículo 37 del EBEP, serán objeto de negociación en los ámbitos de las diferentes Mesas de Negociación, siempre y cuándo afecten a materias “comunes” al personal funcionario y laboral.

afirmar, a nuestro juicio, que la materia de selección que es común a ambos tipos de personal se encuentra por ello sometida a las previsiones del citado precepto, dicho esto, resulta imprescindible destacar que el artículo 37.2 del EBEP declara que quedan excluidas **“de la obligatoriedad”** de negociación, *“la regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público..”*, lo que a *“sensu contrario”*, significa que es posible, si existe una decisión compartida entre los agentes negociadores (incluidos los funcionarios), incluir estas materias en los procesos de negociación, así pues, según nuestro criterio, este sería el posible espacio jurídico material que podría ser objeto de negociación y, como consecuencia de ello, dentro de este, establecer las denominadas medidas de colaboración.

Estas consideraciones formuladas hace ya algún tiempo por este ponente en un anterior trabajo, parece que han sido asumidas por el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, en su Sentencia de 15 Feb. 2010, con relación a un conflicto suscitado por el Comité de Empresa contra la Entidad Pública Empresarial “Empresa Autoridad Portuaria de Gijón”, que declara:

a) La prevalencia sobre las normas convencionales de las previsiones de la Ley 7/2007 EBEP: *“...difícilmente se puede justificar que las previsiones de un Convenio Colectivo puedan dejar sin efecto lo previsto en normas imperativas o de ius cogens que tratan de tutelar el interés general en el acceso al empleo público, también reconocidas en la Constitución en los artículos 23 y 103, que no tienen otro objetivo que optimizar la satisfacción del interés público pretendiendo que ostenten empleos públicos, y de la mejor forma que se puedan adecuar a los perfiles previstos, valorándose el mérito y la capacidad.”*

b) La legitimación para negociar las fórmulas de *“colaboración”*, corresponde en exclusiva a las organizaciones sindicales, quedando excluidas de la citada facultad los órganos de representación unitaria del personal laboral, así señala: *“Ciertamente el artículo 61.7 del EBEP señala que las Administraciones Públicas podrán negociar las formas de colaboración de las Organizaciones Sindicales, que no de los Comités de Empresa o Delegados de Personal, en los procesos selectivos, lo que se hará a través de la vía convencional.”*

c) Las previsiones del artículo 61.7 del EBEP, no pueden ser interpretadas, en contra de lo establecido en el artículo 60.3 del mismo cuerpo legal, de forma que:

De ahí que haya que ser muy cautelosos a la hora de fijar los términos de aquella colaboración. De entrada no se pueden contrariar previsiones normativas como la que se señalaba en relación con la composición de las comisiones de selección.

d) El ámbito de la colaboración se encuentra limitado por el marco legal ya citado, y por ello, el mismo se encuentra limitado en el siguiente sentido:

“Además la participación debe moverse en el ámbito de esa colaboración, es decir, de la facilitación del proceso a través de sugerencias y propuestas que ayuden a hacer efectivos los principios que presiden el proceso selectivo y que persiguen una adecuada satisfacción del interés general.

.....colabora con la elaboración de las bases y por tanto en la fórmula de valoración de los méritos que se pudieran invocar, negociación que alcanzó también al procedimiento que incorporaba dichas bases y al propio procedimiento de selección en sí, negociándose una composición de las comisiones de selección conformada por personas que a juicio del Comité de empresa se ajustaban al perfil idóneo”.

Lo más destacado de este último pronunciamiento, es que la negociación sobre los miembros del tribunal solo alcanzaba a la fijación de los requisitos profesionales y técnicos que debían reunir los mismos, solución que, a nuestro juicio, resulta plenamente respetuosa con las previsiones del EBEP, y la *“ratio legis”* del mismo.

Ahora bien, del mismo modo que como indicábamos anteriormente la jurisprudencia resulta absolutamente escuálida, y por ello, debemos reiterar en el presente caso las mismas conclusiones.

e) La cuestión de los Representantes de las Comunidades Autónomas:

Sobre esta cuestión, ya manifestamos nuestra opinión en anteriores trabajos⁷², en concreto, consideramos que existía una tácita derogación de la previsión del artículo 4º f), del RD 896/1991, por cuánto tampoco se puede admitir la participación de un “representante de la Comunidad Autónoma”, posición que quizás pueda ser matizada a la vista de algunos argumentos aparecidos recientemente en el debate jurídico, pero que en lo esencial debemos ratificar.

Dicho lo anterior, procede realizar un examen de los hitos más importante acaecidos con respecto a esta cuestión, así:

A) Debemos destacar que en la Comunidad Autónoma de Andalucía se ha procedido a dictar alguna circular interpretativa al respecto, y asimismo, destacan los **Dictámenes del Consejo Consultivo de Andalucía**⁷³, cuya conclusión es favorable a la incorporación de estos representantes de la Comunidad Autónoma en la composición de los Tribunales, siendo sus argumentos esenciales los siguientes:

a) En primer lugar, el Consejo Consultivo realiza un amplio “excursus” histórico sobre el advenimiento y evolución del Estado Constitucional y la selección del personal al servicio de las administraciones públicas, para continuar su examen sobre el nacimiento y evolución del derecho fundamental reconocido por el artículo 23.2 C.E., y para finalizar con un estudio de los criterios aprobados por la Comisión elaboradora del estudio que sirvió de fundamento para la elaboración del proyecto de Ley del EBEP, estudio de una gran calidad técnica pero que, a nuestro juicio, no aporta nada nuevo al debate planteado.

b) Así, el citado órgano consultivo en su dictamen considera inicialmente que la finalidad del precepto, en concreto, el artículo 60.3 EBEP, es básicamente la exclusión de personas que actúen en representación de intereses sindicales, corporativos, etc.

c) Continúa el Dictamen señalando que el denominado “representante de las Comunidades Autónomas”, actúa siempre a “título individual”, los cuales no pueden estar, en ningún caso, sujeto a instrucciones de la Comunidad Autónoma sobre el resultado de la selección.

d) Considera también que este representante no acude al Tribunal para hacer valer la voluntad de una “entidad representativa de intereses”, ya que estos representan a una Comunidad Autónoma, es decir, una Administración Pública, que conforme al orden constitucional, en su actuación esta sometida a los principios de sometimiento a la ley y al principio de objetividad (artículo 103.1 CE).

Ahora bien, estos criterios son, al menos discutibles a nuestro juicio, en primer lugar, por cuánto, la afirmación del citado órgano consultivo de que los miembros designados por la Comunidad Autónoma actúan siempre “a título individual”, es cuándo menos discutible, ya que la literalidad del propio precepto que sirve de fundamento para justificar este nombramiento, en concreto el artículo 4º f) del RD 896/1991, utiliza de forma literal la expresión “en representación de”, por lo cual estimamos que la interpretación que realiza el Consejo Consultivo de Andalucía es claramente voluntarista y ciertamente forzada, por cuánto intenta cambiar el sentido de la literalidad del precepto atributivo, procediendo a introducir una valoración sobre el sentido y alcance de esa representación, estimando que la misma por imperativo legal (103.1 CE) debe respetar los principios de legalidad y objetividad, pero el sentido del artículo 60.3 del EBEP, es claro no cabe la “representación”.

A lo anterior debemos añadir que, de acuerdo con el orden legal vigente, los miembros de los Tribunales de Selección están obligados a actuar siempre con objetividad, con independencia del origen de su nombramiento, pues recordemos a este respecto, su sometimiento a las reglas de la Ley 30/1992 LRJPAC, en concreto, sobre las causas de abstención y recusación, como asimismo, las medidas complementarias sobre la imposibilidad de formar parte de los mismos aquellas

⁷² FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008).

⁷³ Dictamen nº 83/2008, de 6 de febrero de 2008 y también, el Dictamen nº 389/2008, de 9 de julio de 2009, si bien, este último analiza la cuestión con referencia a la composición de los Tribunales de selección de las Policías Locales.

personas que hayan participado en tareas de preparación de oposiciones. Pero es más, indirectamente parece que esta aseverando que el caso de otra clase de “representación”, la objetividad sería inexistente ya que no existe mandato legal al respecto, pero eso supone que se pueda concluir que su actuación podría ser calificada como mínimo de “desviación de poder”, pero resulta que estos, también se encuentran sometidos a unas exigencias legales en su actuación, como hemos indicado anteriormente cuya finalidad también es garantizar el respeto a los principios de legalidad y objetividad, por ello, entendemos que el argumento utilizado por el Consejo Consultivo no resulta lo suficientemente sólido como para justificar el mantenimiento de la figura del representante de la Comunidad Autónoma en los tribunales de selección.

A lo anterior, debemos añadir otra reflexión en cuanto a la relación que los representantes de las comunidades autónomas mantengan con esta, ya que, en el caso de los funcionarios existe claramente una doble exigencia legal, con relación a su comportamiento en el tribunal, una derivada de su propia condición y otra de los propios límites legales exigibles a todos los miembros de los órganos de selección, pero resulta que no existe límite alguno para que por parte de las comunidades autónomas se designe como representantes a personas que no ostente la condición de funcionarios, con lo cual las exigencias legales de garantía, en cuanto a su objetividad y legalidad de actuación, se verían claramente reducidas.

B) Dicho lo anterior, con posterioridad se ha producido un pronunciamiento del **Consejo de Estado, en su Dictamen de 17 de junio de 2010**, el cual admite la legalidad de la exclusión de los representantes de las Comunidades Autónomas en los órganos de selección municipales, si bien, establece una excepción, y es la referida a la composición de los citados órganos en el caso de selección de “policías locales”, donde considera que dada la confluencia normativa de una legislación especial, citando expresamente el artículo 104.2 CE y la L.O. 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, estamos en presencia de un supuesto especial que exige un tratamiento diferenciado al resto, añadiendo que la situación especial de la mayoría de los municipios exige una colaboración externa para efectuar una adecuada selección, sinceramente nos resulta muy superficial la argumentación del Consejo a este respecto, si bien, a los efectos de lo que aquí nos interesa, lo determinante es la exclusión con relación a la generalidad de los procesos selectivos.

C) Por último, debemos examinar los primeros pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, en concreto, nos referimos a las sentencias dictadas por algunos juzgados de lo contencioso administrativo, de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁷⁴, que coinciden en su fundamentación jurídica a la manifestada por este autor⁷⁵, a lo que debemos añadir que estas resoluciones han sido ratificadas al resolver los correspondientes Recursos de Apelación por parte del **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Sevilla – Sala de lo Contencioso Administrativo -, en sentencias de 4 de marzo y 15 de julio de 2010**, en las cuales declaran la improcedencia e ilegalidad de que la Junta de Andalucía pretenda incorporar sus representantes en los órganos de selección, dejando fuera de sentido el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía, de fecha 6 de febrero de 2008.

f) Examen de algunas experiencias producidas tras la entrada en vigor del EBEP.

Así, en los últimos meses hemos comprobado que se esta produciendo una aplicación irregular y, a nuestro juicio, ilegal de las exigencias del EBEP, en cuanto a la composición de los órganos de selección, destacando la dejadez absoluta por parte de la mayoría de las Comunidades Autónomas al respecto, así, se observara que en unos casos estos representantes han desaparecido de la composición de los tribunales municipales, pero por el contrario en otras siguen formando parte de los mismos, es decir, estamos en presencia de una disparatada ceremonia de la confusión, de difícil resolución, dado que las impugnaciones a la composición de

⁷⁴ Sentencia de fecha 7 de julio de 2009 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 5 de Córdoba y la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 3 de Córdoba, de fecha 16 de Septiembre de 2009.

⁷⁵ FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008).

los tribunales de selección son mínimas, por razones obvias, por lo cual resultara muy complicado que podamos obtener algún pronunciamiento jurisdiccional que resuelva de forma definitiva este conflicto.

Finalmente queremos realizar una advertencia con relación a los datos que se exponen a continuación, ya que los mismos no responden a la elaboración sistemática de un procedimiento de encuesta clásico, es decir, no tienen una naturaleza exhaustiva, pero si indicar que los mismos han sido obtenidos tras el seguimiento individualizado de todas las convocatorias publicadas en el Boletín Oficial del Estado durante los periodos indicados, y consideramos que si pueden servir como un buen punto de arranque para obtener una visión general de la cuestión.

LOS ÓRGANOS DE SELECCIÓN EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA (2007/2010)

CONVENIOS COLECTIVOS	TOTAL: 46
1. Reconocimiento a la Participación de las organizaciones sindicales /o miembros del Comité de Empresa en la condición de observadores.	20
2. Reconocimiento a la Participación de los grupos políticos en la condición de observadores.	3
3. Reconocimiento a los miembros del Comité de Empresa, su condición de titulares de los órganos de selección.	13
4. Vocal miembro de la Plantilla, designado por el Comité de Empresa	1
5. Simple Remisión al EBEP / Declaraciones Genéricas sin concreción.	9

ACUERDOS REFERIDOS AL ÁMBITO FUNCIONARIAL	TOTAL: 9
1. Reconocimiento a la participación de las organizaciones sindicales /o miembros de Junta de Personal en la condición de titulares de los Órganos de Selección.	8
2. Remisión a las previsiones del EBEP.	1

ACUERDOS MIXTOS (LABORAL / FUNCIONARIOS)	TOTAL: 19
1. Reconocimiento a la participación de los Delegados de la Junta de Personal / Comité de Empresa como titulares de los Órganos de Selección.	6
2. Reconocimiento a la participación de los Delegados de la Junta de Personal / Comité de Empresa como observadores en los Órganos de Selección (voz / no voto).	6
3. Vocal miembro de la plantilla designado por la Junta de Personal / Comité de Empresa (con voz / sin voto).	2
4. Colaborador del Tribunal (con voz / sin voto), designado por (Junta de	1

Personal / Comité de Empresa).	
5. Representante de la Junta de Personal / Comité de Empresa para el control de legalidad sobre la actuación de los Tribunales.	1
6. Derecho a estar informados sobre el desarrollo de los procedimientos selectivos.	2
7. Derecho a negociar las fórmulas de colaboración con los Tribunales	1

OBSERVACIONES:

- a) Regulación de las Bolsas / Listas de espera.....3
- b) Referencia de carácter genérico a los procesos de funcionarización / Consolidación.....5

CONVOCATORIAS ORDINARIAS DE FUNCIONARIOS**JUNIO 2007 / DICIEMBRE 2008**

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL: 65
1. Remisión al EBEP / Normativa Local	27
2. Miembros de la Junta de Personal / Organizaciones Sindicales	12
3. Miembros de la Junta de Personal / Organizaciones Sindicales (observador con voz y sin voto)	5
4. Personal Político	3
5. Representantes de las Comunidades Autónomas	21
6- Especialización del Tribunal	0

CONSOLIDACIÓN – DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP**01 MAYO 2007 – 31 DICIEMBRE 2008**

COMPOSICIÓN DE TRIBUNALES	TOTAL 60
1. Remisión EBEP / Normas Locales / Genéricos a) Laboral.....9 b) Funcionario.....16	25
2. Representantes Sindicales (Miembros) (Comité de Empresa/Junta de Personal) a) Laboral.....0 b) Funcionario.....4	4
3. Representantes (Comité de Empresa / Junta de Personal) observadores (voz) a) Laboral.....1	1
4. Representantes Comunidad Autónoma a) Laboral.....8 b) Funcionario.....18	26
5. Personal Político c) Presidente.....2 – Funcionario d) Miembro.....1 – Funcionario	3
6. Especialización Tribunales	0

-Ninguno	
----------	--

CONSOLIDACIÓN DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP
2009-2010

COMPOSICIÓN TRIBUNALES	TOTAL 68
1. Remisión al EBEP / Normativa Local a) Funcionarios.....24 b) Laborales.....18	42
2. Representantes del Comité de Empresa / Junta de Personal a) Funcionarios.....1 b) Laborales.....2	3
3. Personal plantilla designado por Representante Sindical a) Funcionarios.....10 b) Laborales.....3	13
4. Representante Comité de Empresa / Junta de Personal / observador (con voz / sin voto) a) Laboral.....3 b) Funcionario.....0	3
5. Representante Comunidad Autónoma a) Funcionario.....14 b) Laboral.....9	23
6. Especialización de Tribunales a) Laboral.....1	1

IV. Acotaciones a los datos expuestos sobre la aplicación práctica de la composición de los órganos de selección.

I.- Ámbito de la negociación colectiva (Convenios Colectivos, Acuerdos y Pactos).

A) En el ámbito de las relaciones laborales (Convenios Colectivos), nos encontramos que de forma mayoritaria (casi el 80%), estos acuerdos incorporan a su articulado el reconocimiento a la participación de los representantes legales del personal laboral o de las organizaciones sindicales en los órganos de selección, tanto directamente como miembros de los mismos o en su condición de observadores, previsiones estas que a nuestro juicio, como ya hemos indicado violentan las previsiones del EBEP, incluida la fórmula de colaboración prevista en el artículo 67.1 del EBEP.

Destaca también el reconocimiento de la participación de los órganos políticos en los tribunales de selección (casi un 8%), si bien, esta tendencia se manifiesta en el periodo inicial de la entrada en vigor del EBEP (2007 -2008).

B) En los Acuerdos exclusivos del ámbito funcional y los de carácter mixto (recordemos las dudas de legalidad que asisten a su existencia), se repite la misma conclusión, es decir, el reconocimiento mayoritario de la participación sindical en los órganos de selección, llamando la atención la curiosa figura del **“Representante de las organizaciones sindicales para el control de la legalidad de la actuación del tribunal”**.

II.- Convocatorias de procesos selectivos ordinarios y extraordinarios al amparo de las previsiones de la Disposición Transitoria 4ª del EBEP.

A) En cuanto a la cuestión de la participación en los órganos de selección del personal de elección o designación política, destaca que en las primeras convocatorias efectuadas en la primera época tras la entrada en vigor del EBEP, se incumplió de forma manifiesta esta previsión, si bien, de forma minoritaria y que pasado cierto tiempo esta pretensión parece haber desaparecido afortunadamente.

B) Con relación a la participación de los representantes de las Comunidades Autónomas, llama la atención la perseverancia de la Comunidad Autónoma de Andalucía en mantener su designación, a pesar de los pronunciamientos jurisdiccionales anteriormente examinados, las siguientes comunidades autónomas que por número de convocatorias destacan son la de Catalunya y Castilla- La Mancha. De forma global casi un tercio de las convocatorias recogen expresamente esta incorporación.

C) Por último, con relación a la incorporación a los órganos de selección de representantes de las organizaciones sindicales o de los órganos de representación legal de los empleados públicos podemos formular las siguientes consideraciones:

1.- Destaca que en las convocatorias ordinarias, es menor a un tercio, las convocatorias donde se reconoce la participación de las organizaciones sindicales o de los órganos de representación legal de los empleados públicos, en esta conclusión se incluye tanto los miembros directos en los tribunales (voz y voto), como otras figuras alternativas destacando, en especial los “observadores”.

2.- En el caso de las convocatorias de procesos selectivos para la consolidación de empleo (D.T. 4ª EBEP), debemos destacar que en los primeros momentos (2007-2008), la participación de las organizaciones sindicales fue mínima, casi testimonial (8%), por el contrario, en el segundo periodo examinado (2009- 2010) se produce un incremento llamativo, pues alcanza la cifra de un (28%), estando incluidas todas las fórmulas utilizadas (miembros titulares y observadores).

A la vista de lo expuesto queremos llamar la atención sobre ciertas figuras como los “observadores o colaboradores” que hemos observado que se han incorporado a las convocatorias, además de alguna peculiar figura de la “imaginaria”⁷⁶ popular, también es reseñable la aparición de algunas propuestas de la doctrina⁷⁷, en la línea de proponer alternativas que permitan el reconocimiento de la participación de las organizaciones sindicales en los procedimientos selectivos, con las cuales debemos manifestar nuestra discrepancia, y ello, por las siguientes consideraciones:

A) Comienza la doctrina administrativa ya citada, formulando una apuesta por considerar como un elemento de la “colaboración”, la posibilidad de que las organizaciones sindicales o sus representantes sean informados sobre el desarrollo de los procesos selectivos, en este punto, nada que objetar, dado que la necesidad de transparencia en el funcionamiento de la administración, y en especial, en una cuestión tan delicada como esta nos lleva a considerar la existencia de la necesidad de acudir a mecanismos de información, si bien, la misma deberá ser objeto de precisiones en cuanto a su alcance, dado que, no parece que sea posible ir más allá de

⁷⁶ Nos referimos, en concreto, **“Representante de las organizaciones sindicales para el control de la legalidad de la actuación del tribunal”**.

⁷⁷ ALFONSO MELLADO, C.L. “La Negociación de los criterios de Selección”, Boletín CEMICAL nº 24 – Noviembre de 2009.

lo que cualquier interesado en el procedimiento tenga como derecho reconocido por su legitimación. A lo anterior debemos remitirnos a lo ya señalado anteriormente sobre el alcance de las previsiones del artículo 67.1 del EBEP y lo declarado por el TSJ de Asturias.

B) Ahora bien, dicho lo anterior procede examinar otras figuras incorporadas por las convocatorias y también admitidas por algún sector doctrinal⁷⁸, en concreto:

1.- La posibilidad de que las organizaciones sindicales o sus representantes puedan actuar como **“asesores”** de los órganos de selección, a este respecto debemos señalar que si los citados órganos se constituyen de una forma respetuosa con las exigencias legales del EBEP (artículo 60), sus miembros deberán cumplir obligadamente los principios reconocidos en el artículo 55.2 c) y d) , en especial el de “profesionalidad”, entendido como de especialidad, lo que supone que los miembros de estos órganos de selección no deberían necesitar ninguna clase de asesoramiento a la hora de ejercer su función calificadora. Así, si se reconociera la condición de “asesores” a los miembros de las organizaciones sindicales se estaría admitiendo de forma implícita que los miembros legales del órgano de selección no cumplen de forma general e indiscriminada las exigencias legales del principio de profesionalidad/especialidad, lo que nos llevaría a tener que reconocer la ilegalidad del nombramiento de los miembros del tribunal de selección.

Además, no logramos comprender de que clase de cuestiones técnicas pueden ser “asesores” las organizaciones sindicales, cuándo las AAPP, para cuestiones de toda índole, cuentan con un ingente número de profesionales que pueden “asesorar” en cualquier cuestión tanto jurídica como técnica a los miembros del órgano de selección, a lo que debemos añadir que estos tienen la obligación legal de actuar con sometimiento pleno al principio de objetividad (artículo 103.1 C.E.).

2.- La otra alternativa consiste en la posibilidad de designar en ciertas fases a las organizaciones sindicales como **“observadores”**, lógicamente sin formar parte de los órganos de selección, y cuya actuación estaría dirigida a la comprobación de la corrección del desarrollo de las pruebas.

Pues bien, a este respecto la primera que debemos formularnos sería: ¿Al no formar parte de los órganos de selección, cuál sería el contenido material de su actuación?, pues las consecuencias más inmediatas serían:

- a) No pueden asistir a ninguna sesión de los órganos de selección.
- b) Tampoco podrían vigilar la celebración “in situ” de las pruebas, dado que el control del material y del proceso de designación de los ejercicios o pruebas corresponde en exclusiva a los tribunales.

Por ello, no logramos entender cual sería el contenido material de su función como observadores, dadas las limitaciones legales explicitadas.

Por otro lado, si lo que se pretende con la propuesta es el reconocimiento de la figura del observador con asistencia a las sesiones de los órganos de selección, si bien, “sin voz ni voto”, consideramos que estaríamos ante una manifiesta infracción del “principio de independencia”, reconocido por el artículo 55.2 d) del EBEP, ya que su presencia en las sesiones solo podría servir como un elemento de “presión y condicionamiento” en las decisiones del Tribunal, y ello, es la conclusión necesaria a la vista de las conclusiones formuladas por el Informe de la Comisión de Expertos que sirvió de fundamento al actual contenido del EBEP, ya que esta denunció de forma expresa los problemas de clientelismo y presiones originados por la participación de sindicatos y personal político en los órganos de selección.

Además, nos encontramos con otros problemas como serían el cumplimiento y que formulas legales se deberían establecer, a los efectos de garantizar la no divulgación del contenido de las deliberaciones, no confundir con la motivación de las puntuaciones otorgadas.

Pero peor situación sería la generada si estos observadores tuvieran “voz” en las deliberaciones de los órganos de selección, ya que ello, constituiría una clara violación del principio de

⁷⁸ ALFONSO MELLADO, C.L.

independencia, a lo que debemos añadir que quedaría seriamente dañado el cumplimiento de las exigencias del principio de “Profesionalidad/especialidad”, ya que, si estos representantes sindicales no cumplen personalmente las exigencias de los citados principios, lo cual suele ocurrir de forma generalizada, la pregunta que debemos formularnos es que sobre qué materias van a opinar, y si resultan que tienen la necesaria cualificación, lo que ocurriría es que estaríamos en presencia de un segundo tribunal “de facto”, sin el correspondiente nombramiento legal y además sin responsabilidad alguna sobre los resultados finales que adoptara el “tribunal oficial”, siendo éste último el único y exclusivo responsable de todas las decisiones, desde luego no me parece de recibo la situación ventajista que contarían en esta situación los “observadores”.

D) Por último, debemos analizar los resultados obtenidos con relación a la exigencia a los miembros de los tribunales, del cumplimiento del principio de profesionalidad (especialidad), así, debemos indicar que llama la atención que de forma unánime todas las convocatorias se limitan a exigir estar en posesión de un nivel de titulación igual o superior al exigido para el acceso al proceso selectivo, así, sobre 193 convocatorias examinadas, en un único caso se detallaba las especialidades de titulación que debían poseer los miembros del tribunal, en concreto sobre el área de psicología, este caso se ha producido en un municipio de Catalunya.

Pues bien, entendemos que esta clamorosa ausencia constituye un grave perjuicio para que los procesos selectivos puedan ser reconocidos como “profesionales y objetivos”, las razones por las cuales existe tanto reparo a la aplicación de esta exigencia legal no las conocemos, las podemos intuir solamente, pero si puedo constatar un ejemplo real⁷⁹, me refiero a la C.A. de Cantabria, donde el Gobierno Regional en sus convocatorias no respeta este principio, pero ello, tiene su origen en que las organizaciones sindicales que participan en los órganos de selección carecen de personal con las titulaciones necesarias, con este ejemplo no quiero decir que las razones sean las mismas en el resto de los casos, ya que resultaría osado con un solo supuesto extraer una conclusión general, pero lo importante a destacar es el manifiesto incumplimiento.

C) LOS PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN ORIGINADOS POR EL ACCESO IRREGULAR A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

1.- Análisis de la Disposición Transitoria Cuarta del EBEP).

Tras un largo y muy discutido camino⁸⁰ de procesos de consolidación del empleo público temporal (contratos administrativos, interinos y laborales temporales), que la lógica del orden normativo constitucional, la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el sentido común nos inducían a considerarlo terminado, nos encontramos que el legislador, sin explicación alguna, reabre de nuevo un nuevo procedimiento “restringido” de “facto” para la consolidación de las nuevas contrataciones temporales realizadas con posterioridad a los ya referidos procedimientos de consolidación, siendo además el nacimiento de esas relaciones, en muchos casos, claramente irregular sino ilegal⁸¹.

⁷⁹ Convocatoria de Oposición de plazas del Cuerpo Técnico Superior: Rama Jurídica, en la Comunidad Autónoma de Cantabria (BOC) de 18-OCT-2010.

⁸⁰ Resulta recomendable la lectura sobre estas cuestiones de MARTIN REBOLLO, L., (1985), “*La Constitución y su incidencia en el Derecho Público Interno del Estado*”, Publicaciones Universidad de Santander, págs. 36 y ss., también ALEGRE AVILA, JM.(1989) “*La función Pública y los interinos y contratados*”. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nº 243. pág. 663 y ss., del mismo autor (1993), “*De nuevo sobre los principios de igualdad mérito y capacidad en el acceso a la función pública (SSTC 27/1991, 151/1992 y 302/1993)*”, Revista Aragonesa de Administración Pública, nº 3, págs. 253 y ss., y por último, RIVERO ORTEGA, R.,(2000), “*Acceso a la función Pública Autonómica y Doctrina Constitucional (Comentario a la STC de 11 de febrero de 1999)*”, Revista de la Administración Pública, nº 151, págs. 343 y ss.

⁸¹ Esta calificación y conclusión, no es solo propia sino que también proviene del contenido de los informes tanto del Consejo Económico y Social (CES), en su Informe 3/2004, de 22 de Diciembre, sobre “*La Temporalidad en el Empleo Público*”, y también el Informe del Defensor del Pueblo (2003), sobre “*Funcionarios Interinos y Personal Eventual: la provisionalidad y temporalidad en el empleo público*”.

Lo anterior, resulta más sorprendente cuándo la Comisión de expertos⁸², en su Informe manifestó expresamente que: “..debe reducirse la temporalidad en el empleo público y consolidarse en mayor medida el empleo estable, una cosa es la “consolidación de los empleos” y otra muy distinta la subjetiva o particular de aquellos empleados que se han integrado en la administración por procedimientos excepcionales y escasamente competitivos, gozando de una situación de privilegio frente a otros posibles interesados” , no podemos adoptar otra decisión más que adherirnos a esta opinión, y por ello, rechazar las previsiones de esta disposición transitoria cuarta del EBEP, tanto por razones de lógica defensa de las exigencias constitucionales en el acceso al empleo público (23.2 y 103.3 C.E.), como de la dudosa legalidad de la misma, conforme expondremos posteriormente.

A) La Evolución Histórica de los procesos “singulares” de consolidación del empleo.

La premisa básica a tener en cuenta en esta cuestión, es que estos procesos de consolidación de empleo temporal en las diferentes Administraciones Públicas, tuvieron una justificación de carácter “excepcional y por una sola vez”, al concurrir unas situaciones fácticas totalmente delimitadas, por ello, vamos a realizar una breve comprobación de los marcos legales generales que ampararon los más importantes de estos procesos singulares y excepcionales de consolidación del empleo temporal en las administraciones públicas, así:

a) Ley 30/1984, de 21 de Agosto LMRFP, en concreto, su Disposición Transitoria sexta, que además de declarar su aplicación a la Administración General del Estado, ampliaba la misma a las Comunidades Autónomas, pues recordemos que su configuración institucional, por medio de sus Estatutos de Autonomía, era relativamente de reciente creación, competencia que fue desarrollada a lo largo de todos estos años por la totalidad de las Comunidades Autónomas, sin excepción alguna.

b) Ley 7/1985, de 2 de abril LRBRL, en concreto, su Disposición Transitoria Octava, que también incorporaba unas previsiones en el mismo sentido a las arriba indicadas para la AGE y CC.AA, justificadas ellas, en la necesidad de dar una solución a las contrataciones de personal temporal en los municipios tras la restauración del régimen democrático en los mismos.

En desarrollo de las previsiones de la LRBRL, se dictó el RD 2224/1985, de 20 de noviembre, por el que se regulaba el acceso a la función pública local del personal contratado e interino, lo que también se extendió a los funcionarios de habilitación de carácter nacional⁸³.

Este marco legal y los fundamentos fácticos que han justificado los mismos han sido reconocidos por el Tribunal Constitucional, en el momento de valorar la constitucionalidad de los procesos convocados a su amparo, como también otros supuestos especiales surgidos como consecuencia de todo este proceso de transformación de nuestro Estado, en múltiples pronunciamientos, en concreto:

- 1.- Los procesos que estaban motivados principalmente por la emergencia de unas nuevas Administraciones, es decir, el nacimiento de las Comunidades Autónomas y el reconocimiento de los Ayuntamientos Democráticos, así, entre otras, STC 67/1989, 27/1991, 151/1992, 281/1993 y 60/1994.
- 2.- También los procesos surgidos por la creación de un cuerpo nuevo (STC 137/1986).
- 3.- Otra posibilidad resulta de la existencia de una reforma integral de un determinado sector de la Administración y Función Pública (STC 185/1994, 228/1994, 229/1994, 238/1994 y 251/1994),

⁸² “Informe de la Comisión para el Estudio y Preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, INAP – Madrid – 2005, págs. 84 y ss., elaborado por encargo del MAP.

⁸³ A este Real Decreto se remite la Disposición transitoria quinta, dos, del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, regulador del régimen jurídico de los funcionarios de la Administración local con habilitación de carácter nacional y en el cual también se contempla la posibilidad de ver valorado el tiempo de servicios prestados como interino o contratado.

dictadas todas ellas en interpretación de las previsiones de la Disposición Adicional 5ª de la LOGSE, resaltando de las mismas la declaración que realiza el Alto Tribunal sobre la «singularidad y excepcionalidad» del sistema, añadiendo que sus características nos debe llevar a afirmar que no puede siquiera considerarse que estemos ante un concurso-oposición, sino ante un sistema singular, específico y excepcional de selección.

A la vista, de los supuestos reconocidos por nuestra Jurisprudencia Constitucional como justificativos de las medidas excepcionales adoptadas para regularizar las situaciones de empleo público, debemos preguntarnos en que situación “excepcional” nos encontramos actualmente, que permita adoptar una nueva medida de esta clase, cuándo han transcurrido más de veinte años desde que entrara en vigor el marco legal que hemos reseñado, y por lo tanto, tras regularizar esas situaciones excepcionales, las administraciones estaban obligadas simplemente a cumplir, en el reclutamiento de su personal, las normas específicas sobre empleo público que han tenido un carácter estable y constitucionalmente reconocido, en esta misma línea argumental ya se ha pronunciado también la Jurisprudencia⁸⁴.

La única situación “excepcional” que se ha podido apreciar en este periodo, estaría configurada por la existencia de un reclutamiento masivo de personal temporal (interino y laboral), sin cumplir las más mínimas exigencias legales, tanto en los procedimientos de selección como manteniendo estas situaciones de temporalidad, a pesar de las obligaciones legales de incorporar esas plazas ocupadas temporales, a las correspondientes ofertas de empleo anuales, a lo que debemos añadir, el personal laboral proveniente de contratos indefinidos concertados para la ejecución de planes y programas públicos dotados de forma no estable y de naturaleza propiamente temporal, los cuáles deberían haber extinguido su relación laboral obligadamente al amparo de las previsiones del artículo 52 e) del ET, siendo por ello importante, a este respecto, destacar que, a nuestro juicio, existe una imposibilidad de aplicación a este personal de las previsiones de esta Disposición Transitoria, dado que el mismo de forma expresa se refiere a puestos de trabajo de “carácter estructural”, no siendo admisible un posible uso torticero de la cuestión, por cuánto nos podemos encontrar con personal laboral que adquirió su condición de indefinido al amparo de un programa o plan temporal público, y en estos momentos se encuentra desempeñando un puesto de trabajo reconocido en la RPT o Plantilla, dado que el origen de su relación no es la misma que la otra categoría de los “indefinidos no fijos de plantilla”

Por lo tanto, la única excepcionalidad provendría exclusivamente de una contumaz actuación ilegal de las administraciones públicas, y desde luego, esta situación nunca puede amparar constitucionalmente, conforme los parámetros fijados por nuestro Alto tribunal, el establecimiento de procedimientos “excepcionales” de acceso al empleo público de un personal temporal, por un previo incumplimiento de la legislación vigente por las Administraciones Públicas, de forma que se desplace e inaplique de “facto” las exigencias de los artículos 23.2 y 103.3 de la C.E., y a este respecto, recordemos como nuestro Tribunal Supremo con relación a las contrataciones laborales ilegales⁸⁵, rechazó la posibilidad de establecimiento de procesos especiales, como de la

⁸⁴ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2001, que señala:

“NOVENO.- Tampoco es aplicable al caso la doctrina del Tribunal Constitucional que justifica como carácter excepcional, y por una sola vez, el favorecimiento del acceso de los interinos a la función pública, en base a la construcción del Estado autonómico y la consolidación de unas Administraciones emergentes, inicialmente aún no dotadas de una función pública propia, pues no es la primera vez que la Administración recurre a un proceso excepcional que permita un acceso más o menos indiscriminado de los interinos. Todo el personal de la época llamada preautonómica, ya se benefició de un proceso esencialmente privilegiado, que concluyó con la incorporación a la función pública, como funcionarios de carrera, del personal interino entonces contratado. Antes de los Decretos de transferencia del período 1986-1989 la Administración autonómica ya había hecho uso de este procedimiento excepcional. Y ante las nuevas competencias transferidas la Administración autonómica hizo uso por tres veces de estas medidas excepcionales, incorporando a la función pública a un determinado número de funcionarios interinos.”

⁸⁵ STS 21 enero, 27 marzo, 20 y 28 abril de 1998, 19 y 26 de enero de 1999, 8 febrero, 29 mayo y 29 de noviembre de 2000, entre otras muchas.

posibilidad de consolidación de esa situación, exigiendo la convocatoria de las citadas plazas ilegalmente cubiertas.

B) Análisis de las concretas previsiones de la citada Disposición Transitoria cuarta del EBEP.

De inicio, a la vista de lo expuesto anteriormente, resulta dudosa la constitucionalidad del precepto, en cuánto, a la posibilidad de que las Administraciones Públicas, en el momento actual, para proceder de nuevo al establecimiento de nuevas pruebas “*restringidas de facto*” para consolidar el empleo público, cuándo esa situación, sin ningún tipo de duda, proviene de una actuación ilegal de las administraciones públicas, y ello, tras más de veinte años desde la aprobación de una serie de medias legales para la regulación de las situaciones excepcionales nacidas como consecuencia del tránsito democrático operado en nuestro Estado, y que sirvieron de soporte a las decisiones posteriores del Tribunal Constitucional que declararon su adecuación al orden constitucional, pero como consecuencia de su “*excepcionalidad y por una sola vez*”.

Dicho lo anterior, procede examinar los méritos que el apartado tercero de la citada Disposición Transitoria, este reconoce expresamente:

a) *El Mérito del Tiempo de Servicios prestados en las Administraciones Públicas.*

Este mérito en principio, fue admitido como conforme al orden constitucional por las STC 67/1989, 60/1994, entre otras muchas, pero no debe olvidarse, que este reconocimiento siempre se produjo dentro del contexto de los procesos “*especiales*” de consolidación del empleo público temporal, y su justificación siempre giro al mismo argumento la “*excepcionalidad de la situación*”, es decir, la puesta en marcha de las Comunidades Autónomas y de los primeros Ayuntamientos democráticos.

En el momento actual, estos motivos han desaparecido, y las razones de excepcionalidad, no se acreditan en el EBEP, a lo que debemos añadir, que este concepto actualmente es de muy dudoso sentido objetivo, ya que, si una de las líneas fundamentales del EBEP, es la “*evaluación de desempeño*” (artículo 20 del EBEP), parece ni razonable y tampoco racional, admitir como mérito al personal temporal, el simple hecho de haber prestado servicios durante un tiempo determinado, es decir, a los funcionarios de carrera se les evalúa su desempeño, y para acceder con “*algunas facilidades*”⁸⁶ a la adquisición de la condición de empleado público (funcionario de carrera o personal laboral fijo), solo es necesario asistir al puesto de trabajo, y ni tan siquiera eso, pues la situación de “*Incapacidad Transitoria*”, también sería objeto de valoración de esa prestación de servicios.

b) *El segundo de los méritos, sería la Experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.*

Esta previsión, a nuestro juicio y el de un sector de la doctrina⁸⁷, presenta serias dudas, igualmente, de constitucionalidad, pues a este respecto ya se ha pronunciado el **Tribunal Constitucional** rechazando por inconstitucional la evaluación de esta clase de méritos, así, en su **STC 281/1993**, señaló:

“.....procede analizar a continuación la infracción constitucional denunciada por los actores y localizada, según se ha dicho, en las bases de la convocatoria para el concurso de méritos destinado a la provisión de varias plazas de personal laboral en el Ayuntamiento de Leganés.

En la base cuarta de la convocatoria se fijaba un baremo de méritos, ahora impugnado, con arreglo al cual podía obtenersese desglosaban del siguiente modo: 1) diez puntos como máximo por cada año de servicio prestado como Auxiliar Administrativo en el Ayuntamiento de Leganés (sólo dos puntos si los servicios se habían prestado en otro Ayuntamiento o un punto si lo habían sido en la empresa privada).....;

⁸⁶ Términos literales utilizados por el Tribunal Constitucional en su STC 67/1989, fundamento jurídico tercero.

⁸⁷ SANCHEZ MORON, M., (2007), pág. 411, manifiesta sus serias dudas sobre la constitucionalidad de este mérito.

Aun cuando, en principio, la atribución de semejante relevancia a un solo mérito no tiene por qué contrariar las exigencias del principio constitucional de igualdad, tal principio padece irremediabilmente cuando, como es ahora el caso, el mérito en cuestión no evidencia en los concursantes que pueden acreditarlo una cualidad objetiva que, por su relevancia para el desarrollo de los cometidos de cuyo ejercicio se trata con la plaza objeto de concurso, merezca hacer a sus titulares acreedores del puesto ofertado.

Con todo, contraría abiertamente al principio constitucional de igualdad el que en un concurso de méritos que, como el de autos, se articula alrededor de la experiencia adquirida en diversos puestos administrativos, se prime desafortadamente y de manera desproporcionada -y con la consecuencia de hacerlo determinante del resultado último del concurso- la experiencia representada por el desempeño de una determinada categoría (la de los puestos convocados) en un determinado Ayuntamiento (el convocante)

Y una diferencia no justificada es, precisamente, la contenida en el baremo ahora enjuiciado, toda vez que diferenciar a los concursantes en función del Ayuntamiento en el que han adquirido determinada experiencia y no a partir de la experiencia misma, con independencia de la Corporación en la que se hubiera adquirido, no es criterio razonable, compatible con el principio constitucional de igualdad.

Asimismo, el **Tribunal Supremo en su STS 23-12-1996**, alcanza la misma conclusión que la formulada por el Tribunal Constitucional⁸⁸.

Por otro lado, tenemos también las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía (Sevilla) STSJ de 8-02-2001 y de Castilla-La Mancha de 23-10-2000, entre otras, rechazando todas ellas, la valoración como mérito de la experiencia en el concreto puesto de trabajo objeto de la convocatoria de selección.

c) La citada disposición, admite la valoración de “*otros méritos*”, ahora bien, estos no pueden responder, a nuestro juicio, a los criterios subjetivos anteriormente examinados, que presentan serias dudas de constitucionalidad, sino que en todo caso deberán respetar los criterios generales establecidos por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia, en concreto:

1.- No es posible establecer requisitos que tengan carácter discriminatorio, en ese sentido STC 193/1987, f. jco. quinto; STC 47/1990, f. jco. sexto; STC 353/1993, f. jco. sexto y STC 166/2001, f. jco. segundo.

2.- No son admisibles referencias individualizadas y concretas en las convocatorias, en ese sentido STC 50/1986, f. jco. cuarto; STC 67/1989, f. jco. segundo; STC 27/1991, f. jco. cuarto; STC 353/1993, f. jco. sexto y por último, STC 73/1998, f. jco.tercero.

3.- No solicitar para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los conceptos de mérito y capacidad, en ese sentido STC 167/1998, f. jco. cuarto.

4.- Debe impedirse que las bases sean establecidas en términos singulares y muy concretos, provocando una discriminación positiva a un conjunto prefijado de personas, en ese sentido STC 67/1989, f. jco. quinto.

⁸⁸ STS 23-12-1996: “El razonamiento no tiene entidad suficiente para enervar el que constituye fundamento de la sentencia impugnada, porque aun aceptando el sentido amplio que da la Administración a la expresión *Servicios Regionales de Salud* utilizada en el baremo, de todas formas los únicos elementos identificadores de una específica valoración de la experiencia previa continúan siendo la cualidad profesional de Veterinario y la prestación de servicios en tal concepto a una Administración Pública, **sin que aparezca circunstancia alguna que permita una cualificación diferenciada, según la Administración a la que se haya servido**, ..(lo que de ningún modo resulta probado es que exista)relevancia bastante para justificar el distinto trato dado a la experiencia previa, según haya tenido lugar en una o en otra Administración.

Por lo tanto, esos “*otros méritos*” a los que se refiere el apartado tercero deberán ser necesariamente muy ponderados, en caso de decidirse utilizarlos, pues recordemos que la norma ofrece una posibilidad, pero no impone su uso.

Por último, podemos resumir las notas básicas de este proceso “*excepcional o singular*”, previsto en la disposición transitoria cuarta del EBEP:

- Los procesos deben garantizar el cumplimiento de los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad.
- Los procesos selectivos serán abiertos, es decir, no se admiten las pruebas restringidas.
- La puntuación a otorgar en la fase de concurso será proporcionada y no determinada por si misma el resultado del proceso selectivo.
- Se reconoce como hemos visto, entre otros, la posibilidad de valorar como méritos los servicios prestados y la experiencia en los puestos de trabajo objeto de la convocatoria.

Finalmente, a pesar de la claridad del precepto, en el sentido de no admitir la posibilidad de utilización de convocatorias de “*pruebas restringidas*” en un sentido formal, ya han empezado los incumplimientos a la disposición transitoria, ya de dudosa legalidad por si misma, pero que para alguna administración, estas facilidades al personal temporal resultan insuficientes, y proceden a convocar públicamente pruebas restringidas para la consolidación de empleo temporal⁸⁹, con independencia de su legalidad o no.

III.- Análisis de la aplicación en los últimos tres años de las cuestiones analizadas y de la intervención sindical al respecto.

CONSOLIDACIÓN – DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP
01 MAYO 2007 – 31 DICIEMBRE 2008

EJERCICIOS	TOTAL 60
1. Violación del Límite (oposición-concurso) (55% - 45%)	
a) Funcionarios.....12	28
b) Laborales.....4	
2. Valoración de Méritos (no limitado a D.T 4ª)	
a) Funcionarios.....28	47
b) Laborales.....19	
3. Selección exclusivamente por procedimiento de concurso	
a) Laborales.....7	7
b) Funcionarios.....0	

⁸⁹ En este sentido, destaca la Aprobación por el Ayuntamiento de Cartes (Cantabria) de las bases para la provisión, mediante concurso oposición, por procedimiento de consolidación de empleo temporal, de dos plazas de Auxiliar de la Administración General (BOC nº 114 , de 13 de junio de 2007), y así en el artículo 3º de las citadas bases se señala:

ARTÍCULO 3. REQUISITOS DE LOS ASPIRANTES.

f) Desempeñar en el Ayuntamiento de Cartes, con carácter interino o temporal, las plazas objeto de esta convocatoria, con anterioridad a 1 de enero de 2005.

2. Todos los requisitos anteriores deberán poseerse en el momento de finalizar el plazo de presentación de instancias solicitando tomar parte en el proceso selectivo.

Como se puede apreciar este Ayuntamiento de Cartes procede a convocar un proceso restringido, al amparo de las previsiones de la Disposición transitoria cuarta del EBEP, como señala expresamente en el artículo 1º.1 de las Bases, lo que sin duda alguna no es ajustado a derecho, hoy es el día en que ni tan siquiera la Comunidad Autónoma ha impugnado estas Bases.

4. Valoración del Mérito previsto en la D.T. 4ª. a) Laboral.....2 b) Funcionario.....8	10
5. Méritos curiosos a) Entrevista.....16 b) Trabajo – Memoria.....7 c) Estar empadronado en l municipio convocante.....1	24
6. Oposiciones restringidas a) Funcionario....3 (Aytmos. Cambrils, Cartes y Roquetas de Mar) b) Laboral.....0	3

CONSOLIDACIÓN DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª EBEP

2009-2010

EJERCICIOS	TOTAL 68
1. Violación del límite (Oposición – Concurso) (55% - 45%) a) Funcionarios.....10 b) Laborales.....6	16
2. Valoración de méritos (no limitado a D.T. 4ª) a) Funcionarios.....30 b) Laborales.....18	48
3. Selección exclusivamente procedimiento de concurso a) Laboral.....4 b) Funcionarios.....0	4
4. Valoración sólo méritos D.T. 4ª a) Laboral.....1 b) Funcionario.....5	6
5. Méritos curiosos a) Entrevista • Funcionarios.....5 • Laborales.....8 b) Trabajo – Proyecto – Memoria.....5 (Laboral) c) Cálculo de fase oposición/concurso (fórmula que altera la media aritmética).....1 d) Valoración discrecional del Tribunal.....1	20
6. Oposiciones restringidas a) Funcionarios.....2 (Aytos. Cerceña y Maraceda) b) Laboral.....0	2

A la vista de los datos expuestos resulta necesario formular algunas breves consideraciones al respecto:

A) En cuanto a la cuestión del cumplimiento de las exigencias del artículo 61.3 del EBEP, en concreto, nos referimos a la valoración de méritos en la fase de concurso, la cual deberá ser proporcionada, de forma que no determine el resultado del procedimiento, a este respecto podemos recordar las STC 67/1989, 27/1991, 151/1992 y 302/1993, hemos intentado forzar la situación al límite de forma que hemos recogido aquellas convocatorias que asignaban a la fase de concurso hasta el 45% de la puntuación total, si bien, es conocido que los márgenes normales han sido mucho menos intensos. Así, apreciamos que el 48% de las convocatorias en la primera oleada (2007 – 2008), incumplen la exigencia legal, y en el segundo periodo temporal (2009 – 2010), se reduce el incumplimiento pero solo hasta el 24%.

B) Afortunadamente se aprecia que de forma mayoritaria en los dos periodos estudiados se ha procedido a incorporar méritos añadidos en la fase de concurso, de forma que no resulta ser el único criterio de valoración el mérito reseñado en la propia D.T. 4ª, lo cual merece una valoración positiva.

C) Resulta destacable también la incorporación de méritos, que en algunos casos podemos calificar como peculiares o especiales, ya que introducen elementos o factores de carácter subjetivo (memoria, entrevista, etc.), y ello, por cuánto en la composición de los tribunales no se establece el nombramiento de personal especializado en la selección para este tipo de pruebas, lo que no supone que se pueda declarar a estos méritos como ilegales.

Asimismo, debemos llamar la atención sobre ciertas “curiosidades”, en concreto, “fórmula matemática especial para el cálculo medio de calificaciones”, en la línea de los procedimientos utilizados en la contratación pública y que fueron declarados ilegales por el TJCE; también llama la atención la posibilidad atribuida al tribunal de otorgar una puntuación por “Valoración discrecional del tribunal” (2 puntos), y por último, la valoración del mérito consistente en estar empadronado en el municipio convocante, a razón de 0,10 por mes, sinceramente esto nos deja sin comentarios.

D) Finalmente, destacar que las malas prácticas no desaparecen, y así se constata que a pesar de estar manifiestamente prohibidas por la norma, las convocatorias restringidas, estas se han producido, hasta 5 casos hemos encontrado.

CONSIDERACIONES FINALES

Alcanzada la fase final de esta ponencia, consideramos necesario y responsable formular una serie de propuestas, que estimamos pueden aportar algunas ideas que permitan superar las disfunciones detectadas a lo largo de nuestra exposición⁹⁰.

PRIMERA.- Una cuestión esencial para la mejora de los procesos de selección es el respeto a la obligación de que la composición de los órganos de selección debe cumplir el principio de especialidad/profesionalidad de sus miembros, como hemos indicado anteriormente no es suficiente con la simple exigencia de que los miembros de los tribunales posean una titulación de idéntico o superior nivel a la exigida para la plaza convocada, pues toda actuación contraria a esta previsión supone también una violación de la “discrecionalidad técnica de los tribunales”, ya que, si no existe especialización no puede argumentarse la aplicación del citado principio.

Asimismo, como ya hemos indicado anteriormente en otro trabajo⁹¹, resulta necesario para una adecuada aplicación del principio de especialidad, efectuar una adecuación en la composición de los tribunales de selección, de forma que su composición debería ser distinta en función de las pruebas que se hayan de celebrar.

Algún autor ha reclamado⁹² la conveniencia de que se aprobaran “códigos de ética” para los miembros de los órganos de selección, desde luego todo lo que suponga aumentar la transparencia y objetividad de los procesos debe ser bienvenida, sin embargo, debemos manifestar nuestro escepticismo sobre la virtualidad real de esta clase de códigos, pues la clave esta en los medios coercitivos para exigir su cumplimiento, y es ahí, por donde falla todo este sistema a nuestro juicio.

Finalmente, debería procederse urgentemente a un desarrollo normativo claro y preciso de las exclusiones de la composición de los órganos de selección, derivadas del EBEP, que evite los conflictos que hemos explicado anteriormente (pertenencia de representantes de sindicatos,

⁹⁰ Debemos indicar a este respecto que algunas de nuestras propuestas si bien ya reflejadas en nuestros trabajos anteriores, coinciden con las formuladas por JIMENEZ ASENSIO, R. Y CASTILLO BLANCO, F., en su estudio “Informe sobre el Empleo Público Local”, (2009), Edit. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid.

⁹¹ También nos hemos referido a esta cuestión en FONDEVILA ANTOLIN, J. (2008).

⁹² CASTILLO BLANCO, F. (2009), pág. 68.

asociaciones profesionales, intervención de grupos políticos y las figuras de “observadores o controladores de la legalidad”).

SEGUNDA.- Asimismo, la profesionalización de los órganos de selección conlleva necesariamente la necesidad de mejorar el contenido de las pruebas que formaran parte de los procesos de selección, así, coincidimos en lo esencial con Castillo, en cuanto a la recomendación de que debe reconocerse, la posibilidad de establecer dos fases en los procesos de selección, de tal forma que, en la primera fase, se utilicen las técnicas para la comprobación de conocimientos y la capacidad analítica aprobando dicha fase todos los candidatos que reúnan un suficiente nivel para el desempeño de los puestos de trabajo que determinan la convocatoria, y en la segunda, ya restringida a los que aprobaron aquella primera fase, proceder a la selección definitiva de los candidatos utilizando, en su caso, las técnicas complementarias que el propio EBEP recoge en su artículo 61, y así, se utilicen los nuevos conceptos como habilidades y destrezas y su concreción en otros subconceptos utilizados habitualmente como las competencias, las actitudes, las aptitudes o los rasgos de personalidad.

También resulta muy importante regular más detalladamente los Cursos de Formación y los Periodos de Prácticas, que deberían tener carácter eliminatorio, y que pueden ser el instrumento adecuado para la comprobación de los nuevos conceptos a los que se ha hecho referencia con anterioridad, y asimismo, comprobar que realmente se acredita la adecuación de los conocimientos de los seleccionados a la práctica en los diferentes puestos de trabajo.

TERCERA.- La estructura poblacional y el tamaño de los municipios del Estado español presentan un grave problema por sus pequeñas dimensiones⁹³, lo que provoca una permanente falta de medios técnicos y recursos, por ello, resulta imprescindible que los municipios si realmente están comprometidos con la mejora de la calidad de los servicios públicos a prestar a los ciudadanos, es decir, una auténtica “buena gobernanza”, deben poner todos los medios para una selección profesional y objetiva de los empleados públicos, en la línea de las propuestas anteriormente expuestas, y por ello, aceptar que esta área debe participar en la cooperación técnica interadministrativa o por medio de encargos de gestión a otras Administraciones Públicas.

Así, los mecanismo de cooperación podrían articularse encomendando el desarrollo íntegro de los procesos de selección a las Diputaciones Provinciales, Cabildos, Diputaciones Forales, en el caso de Catalunya quizás el instrumento más adecuado serían las veguerías, institución reconocida legalmente hace poco tiempo por medio de la Ley 30/2010, de 3 de agosto, y en especial la previsión de su artículo 23.1 a), las cuáles podrían perfectamente estar dotadas de Unidades de Recursos humanos, profesionalizadas en la selección.

También debería admitirse la posibilidad de la “cooperación horizontal”, como Jiménez Asensio ha señalado recientemente, y que podría articularse a través de varias alternativas: en primer lugar, la creación de una comarca como entidad voluntaria para la prestación de apoyo técnico en materia de RR.HH. a los municipios, también, la posibilidad de constituir mancomunidades o consorcios interadministrativos, siempre con la misma finalidad de constituirse en instrumentos técnicos y profesionales para la gestión de RR.HH. , y en especial en los procesos de selección , incluidos los posteriores curso selectivos.

Finalmente, no debemos olvidar el importantísimo papel que pueden desempeñar también las Comunidades Autónomas a este respecto, y en especial por parte de sus Escuelas de Administración Pública, que también podrían ser instrumentos idóneos en la profesionalización de la selección.

⁹³ Debemos destacar que en el año 2009, sobre un total de 8114 municipios, 5792 tenían una población inferior a los 2.000 habitantes, y 1.018 se encontraban situados en la banda entre los 2.000 y 5.000 habitantes, lo que supone un total del 83,9%.

Les relacions laborals en el sector públic : eficàcia dels directius i cogestió sindical

Joan Mauri Majos
Professor de dret administratiu
Universitat de Barcelona

I. Plantejament.....	1
2. L'accés a l'empresa, la selecció de personal i el tractament de la col·locació.....	3
3. Poder de direcció i poder disciplinari	10

I. Plantejament

Un dels elements essencials de la Nova Gestió Pública és la autonomia gerencial. L'autonomia gerencial pot prendre moltes formes, però la idea fonamental es reforça el poder discrecional dels gerents i facilitar-los més llibertat d'acció per aconseguir resultats. Aquests processos d'autonomia gerencial es connecten a una reforma estructural de les organitzacions públiques que propicia la segmentació i l'especialització organitzativa permetent l'establiment d'organitzacions, cada vegada més independents, i es suposa que cada vegada més enfocades a l'obtenció de resultats i a la satisfacció de les necessitats concretes dels seus clients. D'aquesta manera les organitzacions públiques guanyen més autonomia, però aquest increment de poder és consubstancial amb un debilitament del poder polític, poder al que formalment s'atorga el paper d'establir metes i prioritats, però que no ha d'intervenir en la gestió i en les polítiques internes de l'organització.

El directiu públic apareix així dotat de poders empresarials. Sens dubte és el titular d'uns poders de direcció i control de les relacions laborals que es desenvolupen en el sí de l'organització, poders que s'han de subjectar a un seguit de límits establerts per les normes de dret públic que regulen les polítiques de personal també en les organitzacions privades del sector públic, però que substancialment mantenen vigents les facultats pròpies de la direcció empresarial. És a dir, els directius del sector públic, més concretament de les empreses i les fundacions del sector públic, gaudeixen del poder unilateral privat propi de l'empresari pel que fa a la direcció de la política de personal de la seva organització. Tanmateix, el que succeeix és que, sovint, tot això no deixa d'ésser una ficció, perquè l'autonomia de què es disposa pel directiu públic és, respecte de la direcció privada, més exposada per no tenir en el seu si, un veritable emprenedor, ni un mercat.

La meua tesi és que també en les organitzacions del sector públic les polítiques de relacions laborals es fonamenten en la recerca d'un consens a qualsevol preu que condiciona l'adopció de mesures d'adaptació i flexibilitat en la gestió de la força de treball i, encara més, que el caràcter tancat d'aquestes organitzacions i la seva separació del control polític propicia una política de personal de caràcter endogàmic que afavoreix els interessos dels treballadors en base a la singularitat de l'activitat de l'empresa, posterga els drets fonamentals dels ciutadans i dificulta l'adaptació d'aquestes figures empresarials a les necessitats econòmiques i a la imposició de deures per afavorir els interessos dels usuaris dels serveis.

Per l'anàlisi de la problemàtica plantejada pretenem identificar un seguit de polítiques que resulten ser una expressió dels poders empresarials i que permeten l'adopció de mesures de flexibilitat en la gestió dels recursos humans d'una determinada organització i, alhora, analitzar els processos de negociació col·lectiva produïts en aquestes organitzacions per localitzar i analitzar aquelles clàusules que poguessin implicar un desconeixement dels principis públics relacionats amb la

defensa dels drets dels ciutadans o una disminució de les facultats inherents a la direcció de l'empresa. Per valorar aquesta situació ens detindrem en dos nuclis o grups de matèries caracteritzades per la confluència d'elements públics i privats en el sistema de gestió de recursos humans.

La primera d'elles és la relativa a l'ingrés del treballador en l'empresa, que comprèn un seguit de temes amb fisonomia pròpia, com és la selecció de personal o la utilització de treballadors per vies indirectes a través de subjectes intermediaris. En aquest terreny, convé tenir present que la posició del directiu públic té un vessant qualitativament diferent, ja que de conformitat amb la disposició addicional primera de l'EBEP, els principis que contenen els articles 55 EBEP (principis rectors de l'accés a l'ocupació pública i adquisició de la relació de servei) i 59 EBEP (persones amb discapacitat), resulten també d'aplicació a les polítiques de contractació de personal d'aquestes organitzacions. Per tant, els directius públics han de garantir la selecció de les millors persones que reuneixen les capacitats, aptituds i habilitats necessàries per un bon desenvolupament del lloc de treball que es considera necessari cobrir, és a dir, han de seleccionar als millors "disponibles" i, alhora, han de satisfer el dret fonamental dels ciutadans a accedir a una ocupació pública en condicions d'igualtat i mèrit, que resulta dels articles 23.2 i 103. 3 de la Constitució. Tanmateix, en aquest procés de reflexió altres temes han d'esser objecte de consideració; uns punts més concrets dintre d'aquest primer nucli temàtic serien els relatius a les propostes o clàusules de fixació de l'ocupació, a les pràctiques de subcontractació o exteriorització d'activitats o al tractament dels acomiadaments improcedents que poden ser demostratius de l'enteniment de la flexibilitat d'entrada i sortida existent en el si d'aquests models de gestió.

La segona matèria d'interès en aquest context fa referència a l'exercici del poder disciplinari en aquestes organitzacions. En part, per ser el tema del control de la prestació laboral un àrea essencial per l'anàlisi del poder de direcció i de l'eficàcia dels instruments jurídics que pretenen canalitzar la discrecionalitat empresarial; en part, també, perquè sobre aquest exercici es projecta la configuració del sistema de deures dels empleats públics i de les seves obligacions ètiques que en interès públic s'imposa als treballadors d'aquestes entitats, de conformitat amb la previsió de la disposició addicional primera EBEP que preveu l'aplicació a les seves relacions laborals dels principis que contenen els articles 52 EBEP (deures dels empleats públics i codi de conducta), 53 EBEP (principis ètics), 54 EBEP (principis de conducta).

Per acabar de definir el nostre plantejament no estarà de més advertir que l'expressió "entitats del sector públic local", que utilitza la disposició addicional primera EBEP per imposar vinculacions de dret públic, s'ha de referir, sempre al nostre parer, a les societats mercantils locals amb capital social que pertanyin íntegrament a una entitat local o a un ens públic dependent de la mateixa (art. 85.2 LRBRL), per tractar-se d'una forma de gestió directa dels serveis públics locals que s'ha de considerar inclosa en el "sector públic" local, però també a les societats d'economia mixta, forma de gestió indirecta de serveis locals, que, de conformitat amb l'article 2 del reglament que desenvolupa la Llei 18/2001, General d'Estabilitat Pressupostària, en la seva aplicació a les entitats locals, aprovat pel Reial Decret 1463/2007, de 2 de novembre, amb caràcter de norma bàsica, es considera que formen part del sector públic local quan acompleixen alguns dels següents requisits: a) Que l'entitat local, els seus ens dependents, vinculats o participats per la mateixa, participin en el seu capital social, directa o indirectament, de forma majoritària; b) Que qualsevol òrgan, organisme o societat mercantil integrant o dependent de l'entitat local disposi de drets de vot majoritaris en la societat, bé directament, bé mitjançant acords amb altres socis d'aquesta última; c) Que qualsevol òrgan, organisme o societat mercantil integrant o dependent de l'entitat local tingui dret a nomenar o destituir la majoria dels membres dels òrgans de govern de la societat bé directament, bé mitjançant acords amb altres socis d'aquesta última; d) Que l'administrador únic o la majoria dels membres del consell d'administració de la societat hagin estat designats en la seva qualitat de membres o consellers per l'entitat local o per un organisme o societat mercantil dependent de l'entitat local.

Així mateix, pensem que l'esmentada expressió "entitats del sector públic local", s'ha de referir també a les fundacions públiques constituïdes pels ens locals; de fet, malgrat que la legislació de règim local no esmenta la figura de la fundació com a forma de gestió dels serveis públics, tampoc existeix cap disposició que la prohibeixi. Senzillament, les entitats locals com a persones jurídiques tenen capacitat per constituir fundacions de conformitat amb les previsions de la Llei

50/2002, de 26 de desembre, de fundacions, tenint en compte que, a la vista de la seva disposició addicional setzena, es consideren fundacions del sector públic aquelles en les que concorrin alguna de les circumstàncies següents: a) Que es constitueixin amb una aportació majoritària, directa o indirecta, de les administracions públiques, els seus organismes públics o demés entitats del sector públic; b) Que el seu patrimoni fundacional, amb un caràcter de permanència, estigui format en més d'un 50 per 100 per bens o drets aportats o cedits per les referides entitats. Tot i que l'àmbit de la llei estatal fa una explícita referència a les administracions locals i que la disposició transitòria esmentada té el caràcter de norma bàsica, cal recordar que a Catalunya resulta vigent, l'article 331-2 de la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi Civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques, que considera fundacions públiques les que compleixin alguna de les condicions següents: a) Que s'hagin constituït amb una aportació majoritària de l'Administració de la Generalitat, dels ens locals de Catalunya o d'organismes públics o altres ens que en depenguin, tant si l'aportació es fa de manera directa o indirecta; b) Que més del 50% de llur patrimoni fundacional estigui format, amb caràcter permanent, per bens o drets aportats o cedits per les entitats a què fa referència el paràgraf anterior. Una lectura atempta d'ambdues normes revela que la norma catalana resulta plenament compatible amb la bàsica estatal, que es limita a matisar i concretar.

2. L'accés a l'empresa, la selecció de personal i el tractament de la col·locació

La disposició addicional primera EBEP preveu que els articles 55 i 59 d'aquesta Llei són aplicables a les entitats del sector públic local. L'article 55 EBEP conté els principis rectoris de l'accés a l'ocupació pública, afirmant, el primer dels seus paràgrafs, que tots els ciutadans tenen dret a accedir a l'ocupació pública d'acord amb els principis constitucionals d'igualtat, mèrit i capacitat d'acord amb el que preveu el mateix estatut i la resta de l'ordenament jurídic. D'aquesta manera s'aplica el principi d'igualtat i mèrit a l'accés a l'ocupació pública de les societats i fundacions del sector públic. L'esmentat principi prefigura un ordre jurídic i institucional de la selecció de persones a les organitzacions públiques que actua com un factor de constricció, però que cal considerar també com un incentiu per a la millora de l'eficàcia. Lògicament, el bé jurídic protegit per la introducció d'aquest principi no és altre que el dret dels ciutadans a l'accés a les funcions públiques, també a les que es desenvolupen amb formes privades d'organització i gestió, però no estarà de més advertir que la selecció per mèrit persegueix com a objectiu essencial la selecció del candidat més idoni per a cada lloc de treball. Al sector privat, la selecció del candidat més capacitats es suposa que incrementa el valor de l'empresa i les seves possibilitats d'èxit econòmic. Per tant, una selecció sota la vigència del principi de mèrit garanteix el dret dels ciutadans a la selecció objectiva dels millors preparats, però també resulta ser un factor de competitivitat empresarial.

Convé assenyalar també en aquest moment inicial que la selecció dels treballadors de les entitats del sector públic local es projecta sobre un nombre indeterminat de persones que en el moment de l'exercici d'una opció d'accés no són treballadors. Les polítiques de selecció empresarial privades s'orienten a la constitució d'una relació laboral d'ocupació i estan presidides pel principi de llibertat d'empresa que comprèn la llibertat de contractació com a manifestació inequívoca de l'autonomia de la voluntat, el que permet realitzar o no un procés de selecció; fer-lo directament o utilitzar empreses de selecció, fonamentar-lo en la lliure elecció sempre que no tingui un caràcter discriminatori o basar-lo en requisits, òrgans i procediments objectius.

Les entitats del sector públic local, encara que no actuïn amb una matriu orgànica de naturalesa pública i es dotin en la seva estructura d'una forma pròpia de dret privat, desenvolupen activitats d'interès general, i la necessitat de fer més flexible el funcionament d'aquest ens no els exonera de la seva vinculació al respecte al drets i llibertats reconeguts a la Constitució, el que suposa l'aplicació de regles i principis propis del personal al servei de les entitats públiques, en la gestió de les quals els òrgans de govern i direcció d'aquests ens¹ actuen com a veritables autoritats públiques que exerciten facultats d'organització subjectes als límits esmentats, regles i principis que es projecten sobre una pluralitat de persones que, en exercici dels seus drets com a

¹ STC 35/1982, de 11 de maig i ATC 2006/1999, de 28 de juliol

ciutadans, aspiren a ser seleccionades d'una manera objectiva pel conjunt d'entitats del sector públic.

Resumint, la selecció per mèrit en l'espai de l'empresa pública permet l'exercici d'un dret fonamental dels ciutadans a l'accés a les ocupacions públiques en condicions d'igualtat i mèrit, però alhora resulta ser també un factor de competitivitat empresarial, per la qual cosa ha d'ésser garantida per una direcció pública que exerceix un poder d'organització objectivitat per a la satisfacció de l'interès general.

Doncs bé, l'article 55 EBEP, aplicable a les entitats del sector públic local per imperatiu de la disposició addicional primera EBEP, estableix l'aplicació del principi d'igualtat i mèrit a la contractació de personal d'aquestes entitats, però tanmateix aquest precepte va més enllà, assenyalant que caldrà aplicar a la selecció d'aquest personal també els principis següents: a) publicitat de les convocatòries i de les seves bases; b) transparència; c) imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció; e) adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar; f) agilitat, sense perjudici de l'objectivitat, en els processos de selecció.

La projecció d'aquests principis sobre la selecció del personal al servei de les entitats del sector públic, al nostre entendre, comporta els efectes següents:

a) L'afirmació dels principis d'igualtat i mèrit, en l'accés a aquesta específica ocupació pública implica una determinació prèvia dels requisits i les condicions d'accés que han d'estar orientades a la consecució de la igualtat i respondre exclusivament als conceptes de mèrit i capacitat. En tot cas, les capacitats i els mèrits a valorar s'han de fonamentar en les notes essencials de raonabilitat i proporcionalitat. La raonabilitat suposa la necessitat d'acreditar una congruència entre les condicions d'accés i la funció o el lloc de treball a desenvolupar; la proporcionalitat implica una adequada ponderació de cada mèrit o prova en relació a la valoració de conjunt, prenent sempre com a referència la funció o el lloc de treball a desenvolupar.

b) El principi de publicitat dels procediments d'accés, de les convocatòries i de les seves bases ens indica que l'accés a aquestes ocupacions s'haurà d'instrumentar a través de convocatòries públiques, obertes i lliures, sense que es puguin practicar proves restringides a les que solament puguin concórrer les persones que tinguin una relació prèvia amb la corresponent entitat com a interins o contractats temporals. Des d'una perspectiva instrumental, el principi de proves lliures demanda la publicitat de les mateixes per afavorir la concurrència de candidats. Tanmateix, el règim de publicitat de les convocatòries de selecció, que a l'administració pública s'aconsegueix mitjançant la inserció dels corresponents anuncis en els diaris i butlletins oficials, es pot assegurar a les empreses i fundacions del sector públic a través d'altres mitjans, com pot ser la utilització d'internet per mitja del web propi que s'ha de crear de conformitat amb la previsió de la disposició addicional desena de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, amb la finalitat última d'informar i atraure candidats suficients per fer efectiu el principi de màxima participació en un procés de selecció que permeti obtenir els millors aspirants i satisfer l'interès dels ciutadans a accedir a un lloc de treball en el sector públic.

c) El principi de transparència aplicat a la pràctica del procés de selecció en les seves diferents fases, pressuposa que els criteris i els tràmits del procés de selecció siguin clars i coneguts pels aspirants, i que la decisió selectiva estigui suficientment raonada. Semblantment, la vigència d'aquest principi habilita la constitució d'una situació jurídica individualitzada a tenir un coneixement de les actuacions selectives i del mateix resultat del desenvolupament de les proves, el que sens dubte permet accedir a l'expedient del procés de selecció, amb la corresponent carrega de documentació per part de l'entitat.

d) El principi d'imparcialitat i professionalitat dels membres dels òrgans de selecció té un doble contingut. El concepte d'imparcialitat remet a la prohibició de ser part, per tant l'idea d'imparcialitat referida als membres dels òrgans de selecció pressuposa, primer, que aquests òrgans existiran també en els processos de selecció de les entitats públiques, amb la qual cosa es fa impossible que les tasques selectives puguin recaure en un òrgan de naturalesa unipersonal o en un tercer, sens perjudici de les legítimes tasques d'assessorament; segon, que els membres integrants d'aquests òrgans de selecció no poden ser designats com a experts de part, és a dir, en

representació d'interessos particulars o com a garantia d'una intervenció favorable per a una determinat grup de persones o per a una persona concreta. Lògicament, el principi d'imparcialitat també suposa pels membres dels òrgans de selecció una obligació de desprendre's de qualsevol disseny anticipat o de prevenció en favor o en contra d'un determinat participant o grup de participants en el procés de selecció, ajustant la seva conducta a una anàlisi objectiva dels mèrits i les capacitats dels aspirants, sense que prèviament s'hagi establert una posició de favor o de rebuig sobre una persona o un grup de persones concret. Qüestió distinta són les especials garanties que l'ordenament jurídic pot articular per dotar d'efectivitat al principi d'imparcialitat en la composició dels òrgans de selecció, com poden ser les prohibicions establertes a l'article 60 EBEP, relatives al personal d'elecció o designació política, als funcionaris interins i personal eventual, perquè no puguin formar part dels òrgans de selecció o la indicació de què la pertinença als òrgans de selecció sigui sempre a títol individual i no es pugui ostentar en representació o per compte de ningú, prohibicions que per elles mateixes no es traslladen a la selecció del personal de les empreses i les fundacions públiques, que incorpora única i exclusivament el mandat de realitzar-se mitjançant òrgans integrats per membres imparcials, situació objectiva que es pot obtenir per diferents mitjans i que, de entrada, no suposa una prohibició expressa i directa adreçada a persones determinades per formar part dels òrgans de selecció. Des de l'altra vessant, el principi de professionalitat en la composició dels òrgans de selecció comporta que aquests estiguin integrats per persones amb la qualificació i preparació necessària per valorar adequadament els coneixements, les aptituds i les habilitats dels candidats, el que sens dubte planteja una necessària especialització tècnica i un coneixement de l'àrea professional de les funcions o llocs de treball als quals s'adreça la selecció, així com un cert coneixement i capacitat de comprensió dels processos i les tècniques utilitzades en la selecció de personal.

h) El principi d'independència en l'actuació dels òrgans de selecció, significa que els membres d'aquest òrgan no estan subjectes a instruccions de cap tipus, ni a interferències o influències externes en la seva activitat d'avaluació, la qual cosa els hi permet la formació d'un judici essencialment tècnic sobre els mèrits de cadascun dels candidats. De la mateixa manera, el principi d'independència pressuposa que la decisió de l'òrgan de selecció no pot ser modificada o substituïda per un altre òrgan de l'entitat pública. El rellevant aquí és que cap òrgan de direcció o administració de l'entitat pública pot afectar el procés de decisió i la decisió dels òrgans de selecció que, sempre en el marc d'un prudent i raonable arbitri, gaudeixen de discrecionalitat tècnica en la seva actuació.

b) El principi d'adequació entre el contingut dels processos selectius i les funcions o tasques a desenvolupar es projecta, com ja s'ha dit, sobre els requisits i les condicions d'accés que han de guardar una relació objectiva i proporcionada amb les funcions i les tasques a desenvolupar, però també té una relació directa amb els procediments i les tècniques de selecció, cuidant especialment la connexió entre el tipus de proves a superar i les tasques dels llocs de treball a desenvolupar.

h) Finalment, el principi d'agilitat, sense perjudici de l'objectivitat, en els processos de selecció s'ha de considerar com un requisit funcional del procés de selecció que crida a l'estalvi de temps i a la utilització d'instruments i mètodes de selecció que, sense perdre la seva capacitat predictiva i el seu caràcter objectiu, agilitzin els processos d'identificació de candidats de qualitat per la cobertura dels corresponents llocs de treball.

Definits d'aquesta manera els principis de la selecció en l'àmbit de les entitats del sector públic, convindrà analitzar fins a quin punt aquests principis, i amb ells els drets dels ciutadans i la pròpia competitivitat de les organitzacions públiques, s'han interioritzat en la gestió de la gerència pública i en la negociació col·lectiva d'aquestes entitats.

De fet, si repassem els convenis col·lectius de les entitats del sector públic local després de l'aprovació de l'EBEP, podem localitzar les tendències següents:

a) Tot i què un nombre important de les normes convencionals consultades afirmen la vigència del principi d'igualtat i mèrit, el cert és que en d'altres aquest principi ha estat substituït sense cap mirament pel principi constitucional que regeix la selecció de personal en l'àmbit de l'empresa privada que no és altre que el de llibertat de contractació. De fet, alguns convenis col·lectius assenyalen taxativament que el personal serà contractat "segons les conveniències i necessitats

de l'Empresa"², o determinen que "L'admissió de personal nou és facultat exclusiva de la Direcció de l'empresa"³. En una interessant variant d'aquest model, les facultats empresarials sobre els ingressos s'escindeixen per permetre la lliure designació dels treballadors per part de l'empresa en funció del grup professional (personal directiu, personal tècnic superior), mentre que la cobertura de places de la resta de grups i categories es fa mitjançant altres procediments en els que té un forta implicació la representació de personal⁴. En altres supòsits, el principi d'igualtat es desconeix per la introducció de clàusules de favor en benefici de persones concretes que mantenen una relació familiar amb els treballadors de l'empresa, afirmant, per exemple, que tindran preferència per a ser contractats els viudos dels treballadors vinculats a l'empresa mitjançant contracte laboral indefinit en el moment de produir-se el seu falliment o, si s'escau, els fills dels treballadors fallits⁵. Per acabar, no falten acords en els quals el principi d'igualtat cedeix en favor de la preexistència d'algun tipus de relació laboral amb l'entitat pública, així, per exemple, s'admet que el personal que estigui contractat temporalment amb experiència suficient pot passar a cobrir directament les vacants que es produeixin en plantilla⁶, s'exceptua de la contractació sota el principi del mèrit al personal temporal⁷, s'accepta planerament que els treballadors contractats eventualment, si a l'acabament del seu contracte continuen prestant serveis a l'empresa, es considerin fixos a tots els efectes⁸, o es procedeix a contractar prioritàriament els treballadors que estiguin o hagin estat contractats temporalment per a la cobertura de contractes de relleu⁹. A la vista d'aquesta situació no estarà de més recordar que els pronunciaments dels nostres tribunals segueixen mantenint que les proves restringides per a l'accés a l'ocupació de les entitats del sector públic en benefici de persones contractades temporalment, encara que estiguin inspirades en el principi d'estabilitat de l'ocupació, són contràries al principi d'igualtat i mèrit, considerant irregulars les clàusules dels convenis que les preveuen per entendre que són nuls els pactes sobre objectes prohibits per les lleis i els que es celebrin amb la finalitat d'eludir la seva aplicació¹⁰, o que l'existència d'irregularitats en la contractació temporal, el fet de haver estat contractat temporalment durant un període de temps o la situació de tenir reconeguda la condició de treballador indefinit, no determinen per elles mateixes l'adquisició de la condició de treballadors fixos, perquè això suposaria la vulneració de normes amb rellevància constitucional que garanteixen els principis d'igualtat i mèrit¹¹.

b) El principi d'igualtat, en la seva vessant d'accés a l'ocupació pública a través de proves obertes i lliures, queda seriosament condicionat per una política de selecció centrada en uns procediments de provisió fonamentats en un ordre de prioritats per a procedir a la cobertura de vacants en l'empresa. Així, en general, s'acudeix en primera instància al personal de l'empresa i solament si no existeix personal idoni es pot recórrer a la contractació externa. És a dir, s'han d'esgotar les peticions de reingrés, de trasllat voluntari o de promoció interna abans de obrir un procés lliure d'accés a les vacants corresponents. Des d'aquesta perspectiva, el principi de llibertat d'accés a l'ocupació pública es relativitza per un sistema de mobilitat i promoció interna de caràcter reservat i, sovint, modulats en els requisits i les condicions d'accés, de manera que es pot afirmar sense dubte que una de les característiques de la selecció de personal de les empreses i fundacions públiques es la seva naturalesa endogàmica i corporativa. Així, la majoria d'instruments col·lectius assenyalen que les places vacants i les de nova creació s'han d'oferir en primera instància o amb caràcter prioritari als treballadors de l'empresa¹². Amb tot, l'expressió més freqüent d'aquesta

² Article 12. CC Mercabarna (BOPB 73. 26.3.2010)

³ Article 13. CC Gestió de Serveis Funeraris Reus, SA (DOGC 5292. 8.1.2009)

⁴ Article 7 CC Madrid Espacios y Congresos, SA (BOCM 195. 18.8.2009)

⁵ Clàusula 32.2 CC Metro de Madrid, SA (BOCM 216. 11.9.2009)

⁶ Article 14 Lavinia BCN Audiovisual, SL (exemplar fotocopiats)

⁷ Article 32 CC Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta, SA (exemplar fotocopiats)

⁸ Article 10 Cementiris de Barcelona, SA (DOGC 5250. 4.11.2008)

⁹ Article 18 CC Transports de Barcelona, SA (BOPB 103. 30.4.2010)

¹⁰ STS de 13 de novembre de 2007, RJ/2008/702

¹¹ STS de 14 de desembre de 2009, RJ/2010/375

¹² Article 21 CC SPM Promocions Municipals de Sant Cugat del Vallès; Article 37 CC Empresa Municipal de Serveis Públics, SL (DOGC 5122. 30.4.2008); Article 18 CC Societat Urbanística Metropolitana de Rehabilitació i Gestió, SA (BOPB 96. 22.4.2010); Article 12 CC Patronat Municipal assistencial residència d'avis de Juneda (DOGC 5262.

política consisteix en l'habilitació dels tradicionals torns de reingrés o trasllat, promoció i nou ingrés, de manera que són les places vacants no cobertes per aspirants interns les que s'ofereixen a l'exterior de l'empresa¹³. També, el tracte de favor que reben les promocions internes per a la cobertura de necessitats de personal es manifesta en la substitució de requisits d'accés objectius, com, per exemple, pot ser una determinada titulació, per la pura antiguitat o la capacitat demostrada per la realització de les funcions de la categoria que es pretén assolir, o, també, per la substitució de sistemes selectius d'accés fonamentats en proves competitives per sistemes d'acreditació de mèrits o per sistemes automàtics de promoció en base al temps de permanència en un determinat nivell o categoria¹⁴. Amb aquesta perspectiva sorprèn que, pels tribunals de la jurisdicció social, l'únic criteri de enjudiciament sobre la pertinença d'aquestes sistemes de promoció sigui el seu establiment en la norma convencional d'aplicació, de manera que, sense cap altre requisit, les ofertes de promoció interna puguin esgotar les vacants d'un grup o categoria professional, configurant una política de selecció difícilment compatible amb el principi de llibertat d'accés. Sens dubte, del text constitucional es desprèn un mandat de facilitar la promoció a través del treball, però aquest mandat s'ha de fer compatible amb el principi d'igualtat i mèrit en base a les formes d'accés ordinàries que són les lliures, de manera que en el conjunt de les convocatòries per als grups i categories laborals d'una empresa o una fundació pública ha de haver suficients places excloses de la promoció interna perquè es pugui fer valer el principi de llibertat d'accés¹⁵.

c) Lògicament, la conseqüència pròxima d'aquests tipus de sistemes de selecció, que prenen com a valor i referència la plantilla pròpia, és el sacrifici del principi de transparència. D'aquí que les ofertes d'ocupació i les convocatòries de les pertinents places es realitzin en el taulers d'anuncis de la pròpia entitat i del corresponent ajuntament¹⁶, o en els dels centres de treball de l'empresa¹⁷, o el que es pitjor, a través de sistemes de comunicació interna –correu intern- de difícil o impossible accessibilitat per les persones que no mantenen una relació amb la corresponent institució¹⁸, o de pàgines web especialitzades en la publicació d'ofertes d'ocupació o en la d'alguna empresa de selecció de personal¹⁹.

d) La majoria dels instruments analitzats no descriuen, ni pauten adequadament els ítems essencials del procés de selecció. En aquests supòsits el plantejament és simple: les regles de convocatòria, el sistema i el procediment de selecció es negocien en cada moment amb la representació del personal o s'aproven a la comissió paritària o a un òrgan "ad hoc", depenent o no de la mateixa, com pot ser la comissió de selecció o de formació de personal²⁰. Tanmateix,

20.11.2008); article 26 CC Aguas de Jerez Empresa Municipal, SA, (BOP Cádiz 60 28.3.2007); article 41 CC Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, SA (BOP Sevilla 237 11.10.2007); Article 8 CC Aparcaments Municipals de Tarragona, SA (BOPT 163. 16.7.2010).

¹³ Article 15 CC Desarrollos Municipales Estepona, SL (BOP Málaga 216. 8.11.2007); Article 33, 34, 35 i 36 CC Gestión de Servicios de Algete, SA (BOCM 127 30.5.2009); CC Empresa Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Écija (BOP Sevilla 143 22.6.2007); Article 41 Empresa Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, SA (BOP Sevilla 237. 11.7.2007); Article 45 Empresa Municipal de la Vivienda de Toledo, SA (BOP Toledo 71 29.3.2010)

¹⁴ Article 31 Agència de Comunicació Local, SA (DOGC 4761 15.11.2006); Article 32 CC Badalona Comunicació, SA (DOGC 5014. 22.11.2007); Article 28 CC Institución Ferial de Madrid (BOCM 151. 27.6.2009); Article 46 CC Sociedad Provincial de Informática de Sevilla, SA (BOP Sevilla 237. 11.10.2007); Article 47 CC Empresa Municipal de la Vivienda de Toledo (BOP Toledo 71, 29.III.2010); Article 37 CC Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, SA (BO Principado de Asturias 9. 13.1.2009)

¹⁵ D'aquí la contradicció evident entre les sentències de la jurisdicció administrativa i de la jurisdicció social, que es pot visualitzar amb la lectura de la STS de 20 de gener de 1992, RJ/1992/2467 i el seu contrast amb la STS de 12 de juliol de 2007, RJ/2007/7504.

¹⁶ Article 7 CC Empresa Municipal Promoción de Madrid, SA (BOCM 243, 13.10.2009); Article 34 CC Cementiris de Barcelona, SA (DOGC 5250. 4.11.2008).

¹⁷ Article 24 CC Empresa Municipal de Transportes Unidos de Gijón (BOPA 56. 9.III.2009).

¹⁸ Article 7 CC Madrid Espacios Congresos, SA (BOCM 195 18.8.2009)

¹⁹ Article 7 CC Empresa Municipal Promoción de Madrid, SA (BOCM 243 13.10.2009)

²⁰ Articles 47 i 48 CC Empresa Municipal de la Vivienda de Toledo (BOCM 71. 29.3.2010); Article 16 CC Desarrollos Municipales Estepona, SL (BOP Málaga 216. 8.11.2007); Article 13 CC Empresa Municipal de Aparcamientos, SA (BOP Cádiz 103. 2.06.2008); Article 10 CC Empresa Municipal de Infraestructuras y Servicios de Albacete, SA (BOP Albacete 127. 2.11.2009); Article 49 CC Barcelona de Serveis Municipals, SA (BOPB 15.9.2010); Article 21 CC Empresa Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Écija (BOP Sevilla 143. 22.6.2007).

alguns d'aquests instruments col·lectius presten una especial atenció a l'establiment de requisits, sistemes de selecció, mèrits a valorar i proves a realitzar, publicació de resultats i adjudicació de places obtingudes²¹. Molt més escasses són les experiències convencionals que habiliten una via de possible reclamació davant de la decisió selectiva; amb tot aquestes clàusules apareixen molt puntualment i obren la possibilitat d'explorar fórmules originals de resolució de conflictes individuals derivats dels processos de selecció a l'àmbit de l'ocupació del sector públic²².

e) L'aplicació del principi d'imparcialitat i professionalitat als òrgans de selecció de les entitats del sector públic planteja un seguit d'interrogants. D'entrada alguna d'aquestes entitats no constitueixen òrgans específics de selecció. Afirmada la llibertat de contractació com un vessant essencial del poder de direcció, s'entén que els òrgans directius d'aquestes entitats gaudeixen de llibertat d'elecció de la contrapart contractual, fins al punt de poder determinar directament les persones que hagin d'ocupar les vacants, amb la qual cosa els processos de selecció són un tràmit imposat que es realitza per imperatiu convencional sota lògiques de control sindical, però no perquè es consideri que el principi d'igualtat i mèrit exigeix una decisió selectiva objectiva garantida per òrgans tècnics i imparcials²³. Quan aquests òrgans existeixen la seva composició obeeix a un principi essencial de cogestió dels processos de selecció entre els representants de la direcció i els representants del personal, en el que queda certament malparat el principi d'imparcialitat i professionalitat. Aquest règim de cogestió amb els sindicats implica una distribució quasi paritària dels membres dels òrgans de selecció²⁴, que alguns cops no deixa d'ésser repetitiva, ja que els representants dels treballadors compten amb membres dels òrgans de selecció i amb observadors directes d'aquest mateix procés de selecció²⁵. En tot cas, sorprèn la inexistència de referències a les qualitats subjectives de capacitació tècnica dels membres de selecció, a les que solament es fa referència en alguns supòsits per indicar que els vocals designats per la empresa o per la representació de personal, hauran d'ésser de categoria no inferior a la vacant²⁶. Semblantment, la preocupació per la imparcialitat subjectiva dels membres dels òrgans de selecció solament es detecta en alguns instruments col·lectius que preveuen que els membres dels òrgans de selecció s'hauran d'abstenir de participar en els processos de selecció si incorren en alguna causa d'abstenció o recusació²⁷, o indiquen que no podran integrar-se en els tribunals les persones que tinguin relació familiar fins al tercer grau de consanguinitat o afinitat amb alguns dels participants en el procés de selecció²⁸.

f) Lògicament, en aquest entorn institucional resulta difícil parlar de independència i discrecionalitat tècnica dels òrgans de selecció, a tot estirar el que es garanteix és un altra cosa: que la decisió dels òrgans de selecció, amb una forta presència de la representació de personal, no serà modificada unilateralment per la direcció de l'entitat²⁹. Senzillament podem afirmar que

²¹ Article 26 CC Empresa Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Écija (BOP Sevilla 143. 22.6. 2007); Article 26 CC Institución Ferial de Madrid (BOCM 151. 27.6.2009).

²² Article 31 CC Aguas de Jerez Empresa Municipal, SA (BOP Cádiz 60. 28.3.2007).

²³ Article 31 CC Agència de Comunicació Local, SA (DOGC 4761. 15.11.2006); Article 13 CC Mercados de Abastecimientos de Barcelona, SA (BOPB 73. 26.3.2010); Article 7 CC Empresa Municipal Promoción de Madrid, SA (BOC Madrid 243. 13.10.2009), Article 13 CC Gestió de Serveis Funeraris Reus (DOGC 5292. 8.1.2009)

²⁴ Article 25 CC Empresa Municipal de Transportes Unidos de Gijón, SA (BO Principado de Asturias 56. 9.3.2009); Article 16 CC Desarrollos Municipales de Estepona, SL (BOP Málaga 216.8.11.2007); Article 22 CC Empresa Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Écija (BOP Sevilla 143. 22/06/2007); Article 33 CC Gestión de Servicios de Algete, SAU (BOC Madrid 127. 30.5.2009); Article 41 CC Empresa Provincial de Informática de Sevilla, SA (BOP Sevilla 237 11.10.2007); Article 26 CC Institución Ferial de Madrid (BOC Madrid 151. 27.6.2009); Article 33 CC Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta (exemplar fotocopiado); Article 31 CC Aguas de Jerez Empresa Municipal, SA (BOP Cádiz 60. 28.3.2007)

²⁵ Article 38 CC Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, SA (BO Principado de Asturias 13.1.2009).

²⁶ Article 31 CC Aguas de Jerez Empresa Municipal, S.A. (BOP Cádiz 60. 28.3.2007); Article 50 CC Barcelona de Serveis Municipals, SA (BOPB 15.9.2010)

²⁷ Article 38 CC Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, SA (BO Principado de Asturias 13.1.2009)

²⁸ Article 22 CC Empresa Orquesta de Sevilla, SA (BOP Sevilla 62. 15.3.2008)

²⁹ Article 33 CC Aparcamientos Municipales y Gestión Vial de Ceuta, SA (exemplar fotocopiado); Article 22 CC Empresa Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Écija (BOP Sevilla 143. 22.6.2007)

els esmentats òrgans, llevats d'alguna excepció, no són independents dels òrgans de direcció de l'empresa i dels sindicats i que la qualificació dels seus membres no garanteix una selecció sota paràmetres tècnics, ja que una bona part dels mateixos no posseeixen la qualificació i la preparació necessària per desenvolupar un bon procés de selecció que asseguri la qualitat dels recursos humans de l'organització pública.

En un altre ordre de consideracions, convé recordar que l'article 59 EBEP preveu que s'ha d'incorporar a les ofertes d'ocupació de les empreses i fundacions del sector públic local, per imperatiu de la disposició addicional primera EBEP, la reserva d'una quota no inferior al cinc per cent de les vacants per a ser cobertes entre persones amb discapacitat, considerant com a tals les definides a l'apartat 2 de l'article 1 de la Llei 51/2003, de 2 de desembre, d'igualtat d'oportunitats, no discriminació i accessibilitat universal de les persones amb discapacitat. Estem, doncs, davant d'una mesura de promoció de l'ocupació per a persones discapacitades que troba una minsa acollida en la negociació pròpia de les entitats del sector públic, que actuen en aquesta matèria com a privats prenent com a referència els tipus empresarials i el percentatge del dos per cent de les vacants establerts per l'article 38 de la Llei 13/1982, de 7 d'abril, d'Integració Social de Minusvàlids. De fet les poques referències que hem pogut localitzar en aquesta sentit a les normes col·lectives es refereixen sense cap més especificació a la promoció de les contractacions de persones amb discapacitats³⁰, o sovint es limiten a establir la reserva d'un mínim del dos per cent del total dels llocs de treball vacants per a persones amb discapacitat, sense assumir, per tant, els objectius establerts a la legislació de l'ocupació pública³¹.

Per acabar, amb aquest apartat hem de fer una breu referència a la tendència a l'estabilitat de les relacions de treball en les entitats del sector públic que es manifesta en la difusió de clàusules d'estabilitat en l'ocupació i en la lògica de limitar i reduir les facultats empresarials d'externalització de l'ocupació i extinció de contractes.

D'aquí que no resulten infreqüents les declaracions de renúncia a les reduccions de plantilles i de manifestació del manteniment i assegurament del nivell global d'ocupació o del número de treballadors existents com un objectiu propi de la direcció empresarial³². Més rotundament, en algun instrument col·lectiu s'acorda mantenir, en termes absoluts, la plantilla existent en l'empresa, garantir l'estabilitat dels contractes de treball i, en aquesta direcció, renunciar a l'exercici de la seva facultat d'acomiadament col·lectiu o individual fonamentat en causes econòmiques, tècniques, organitzatives o de producció³³. A destacar aquells acords que preveuen expressament que, en cas de cessament d'activitats de l'empresa pública que impliquin la desaparició de llocs de treballs, el seu personal adquirirà el dret a ser admès com a personal laboral fix de la corresponent entitat local, amb consolidació del sou més favorable i l'antiguitat adquirida³⁴.

El recurs a les ETT, tema d'actualitat en relació a l'ocupació pública, comença a ser contemplat a la negociació col·lectiva del sector públic des de la perspectiva dels problemes associats a l'ocupació que es poden produir en l'empresa usuària respecte del seu personal. En aquesta direcció, alguns instruments col·lectius recullen propostes de restricció o modulació del seu ús que es limita a activitats ocasionals o a un percentatge de la plantilla³⁵ amb incorporació, inclús, de prohibicions o renunciïes a la contractació de personal a través d'empreses de treball temporal³⁶. De la mateixa manera, coincidint amb la necessitat de limitar la contractació externa, alguns instruments convencionals recullen la corresponent renúncia o compromís empresarial de no

³⁰ Article 20 CC SPM Promocions Municipals de Sant Cugat del Vallès (DOGC 4927. 17.7.2007).

³¹ Article 7 CC Empresa Municipal Promoción de Madrid, Sociedad Anónima (BOC Madrid 243. 13.10.2009); Article 34 CC Badalona Comunicació, SA (DOGC 5014. 22.11.2007)

³² Disposició addicional CC Mercados de Abastecimientos de Barcelona, SA (BOPB 26.3.2010); Article 25 CC Cementiris de Barcelona, SA (DOGC 5250. 4.11.2008)

³³ Clàusula 31 CC Metro de Madrid, SA (BOC Madrid 216. 11.9.2009).

³⁴ Article 23 CC SPM Promocions Municipals de Sant Cugat del Vallès (DOGC 4927. 17.7.2007)

³⁵ Article 32 CC Institución Ferial de Madrid (BOC Madrid 151. 27.6.2009) Article 13 Empresa Municipal de Aparcamientos, SA (BOP Cádiz 103. 2.6.2008)

³⁶ Clàusula 32 Metro de Madrid, SA (BOC Madrid 216. 11.9.2009); Disposició addicional tercera CC Gestión de Servicios de Algete, SAU (BOC Madrid 127. 30.5. 2009)

utilitzar sistemes de subcontractació o la necessitat, amb caràcter previ a la posta en marxa de qualsevol procés de subcontractació de comunicar i explicar a la representació dels treballadors les raons de la decisió i les condicions de l'opció³⁷.

En el capítol dels acomiadaments, un dels temes recurrents en la negociació col·lectiva del sector públic resulta ser el tractament dels declarats improcedents. En aquesta direcció existeix també una tendència a la renúncia de la fórmula de indemnització substitutòria, traslladant al treballador la possibilitat d'optar per la readmissió i la reincorporació al seu lloc de treball o la liquidació de la corresponent indemnització³⁸.

3. Poder de direcció i poder disciplinari

El poder de direcció és un poder d'organització i especificació de la prestació laboral de caràcter imperatiu que genera un autèntic deure d'obediència per part del treballador en l'acompliment de les seves obligacions i deures laborals. Lògicament amb el poder de direcció es persegueix una adequada i eficaç organització del treball a l'empresa que permeti garantir la seva productivitat. Però el funcionament de l'organització empresarial es pot veure pertorbat per conductes que alterin l'eficiència en l'activitat productiva. Precisament la funció última del poder disciplinari, a l'empresa i a l'administració, és la defensa d'una organització o d'una institució i del seu nivell òptim d'eficàcia. Per tant, i aquesta és una qüestió essencial, un poder disciplinari efectiu no és un altra cosa que un instrument de la direcció per garantir l'eficient funcionament de l'organització productiva. D'aquí que el seu tractament i consideració es situa com un element central de la posició directiva en el si de les organitzacions públiques.

El poder disciplinari a l'administració pública i a l'empresa privada té la mateixa finalitat i fonament. La finalitat és el manteniment del bon funcionament de l'organització amb l'objectiu d'assolir un màxim d'eficàcia en la seva gestió; el fonament, la necessitat de preservar l'ordre intern d'una organització i garantir l'acompliment dels deures laborals. Correlativament amb aquesta finalitat institucional, en el sector públic el poder de direcció i el poder disciplinari serveix a una finalitat major que no és un altra que mantenir i garantir la prestació de serveis d'interès general més enllà de la forma pública o privada d'organització i actuació. D'aquí que es pugui dir amb propietat que existeix un seguit de regles i principis comuns que han de garantir una igualtat bàsica en l'acompliment dels deures dels empleats públics. Aquesta és la filosofia que inspira la disposició addicional primera de l'EBEP, en la qual es preveu que els principis que contenen els articles 52 (deures dels empleats públics i codi de conducta), 53 (principis ètics) i 54 (principis de conducta), s'apliquen també a les relacions del personal del sector públic.

L'article 52 EBEP concreta els deures principals dels empleats públics assenyalant que: a) Han de desenvolupar amb diligència les tasques que tinguin assignades; b) Han de vetllar pels interessos generals; c) Han d'actuar amb subjecció i observança de la Constitució i de la resta de l'ordenament jurídic. Amb aquesta finalitat els empleats públics s'han de regir pels principis d'objectivitat, integritat, neutralitat, responsabilitat, imparcialitat, confidencialitat, dedicació al servei públic, transparència, exemplaritat, austeritat, accessibilitat, eficàcia, honradesa, promoció de l'entorn cultural i mediambiental i respecte a l'igualtat entre dones i homes. Tanmateix, la importància d'aquest precepte als nostres efectes rau en que aquests principis tenen les conseqüències següents: a) Inspiren el codi de conducta configurat pels principis ètics i de conducta que regulen els articles 53 i 54 EBEP; b) Aquests principis i la seva concreció en principis ètics i de conducta informen la interpretació i aplicació del règim disciplinari dels empleats públics.

Per tant, de la primera de les conseqüències afirmades es pot deduir sense un particular esforç interpretatiu que els articles 52,53 i 54 EBEP configuren per ells mateixos un autèntic codi de conducta materialitzat directament per la llei i que es susceptible d'aplicació immediata, sense

³⁷ Article 33 CC Institución Ferial de Madrid (BOC Madrid 151. 27.6.2009); Article 12 CC Mercados de Abastecimientos de Barcelona, SA (BOPB 73. 26.3.2010)

³⁸ Disposició addicional tercera CC Gestión de Servicios de Algete, SAU (BOC Madrid 127. 30.5.2009); Article 17 CC Mollet Comunicació, SL (DOGC 5094. 19.3.2008); Disposició final CC Madrid Espacios y Congresos, SA (BOC Madrid195. 18.8.2009)

perjudici de servir, també, com un codi marc amb capacitat d'adaptació i concreció en el si d'una particular empresa o fundació pública.

En aquesta direcció convé recordar que l'exposició de motius de l'EBEP, en el seu paràgraf quinzè, ens diu que: "Per primera vegada s'estableix en la nostra legislació una regulació general dels deures bàsics dels empleats públics, fundada en principis ètics i regles de comportament, que constitueix un codi de conducta", codi de conducta que s'inclou en l'Estatut: "amb una finalitat pedagògica i orientadora, però també com a límit a les activitats lícites, la infracció de les quals pot tenir conseqüències disciplinàries". Per tant, els preceptes de l'EBEP estableixen legalment un veritable codi de conducta amb la seva missió –desenvolupar amb diligència les tasques assignades i vetllar pels interessos generals amb subjecció i observança de la Constitució i de la resta de l'ordenament- els seus principis, i els seus postulats d'ètica personal i de conducta professional, que són susceptibles d'aplicació immediata per les autoritats administratives i els tribunals amb una especial projecció sobre el sistema de deures i el règim disciplinari dels empleats públics³⁹.

Tanmateix, el que ara interessa és que els principis ètics i de conducta establerts a les normes mencionades han d'esser considerats "com a límit a les activitats lícites", amb capacitat també per orientar "la interpretació i aplicació del règim disciplinari" dels empleats de les societats i fundacions del sector públic. Això vol dir que els principis ètics i de conducta han d'orientar la tipificació de les infraccions disciplinàries que es pugui establir en el corresponent conveni col·lectiu de conformitat amb la previsió de l'article 58.1 ET, de manera que el desconeixement del límit efectiu que un principi ètic o de conducta pot suposar hauria d'esser considerat un incompliment laboral d'acord amb un sistema de faltes coherent amb els principis generals que inspiren els deures dels empleats públics. De fet, hauria d'existir una certa correspondència entre l'estructura de faltes laborals i la transgressió dels principis ètics i de conducta establerts a l'EBEP, coordinant les conductes que han d'esser observades pels empleats públics amb les previsions en matèria disciplinària que s'han d'incorporar al corresponent conveni col·lectiu. En aquesta direcció els principis ètics i de conducta que resulten d'aplicació al personal del sector públic haurien d'actuar com a criteris orientadors d'un sistema d'infraccions laborals en què no està assegurada la vigència absoluta del principi de tipicitat, i en el que es reconeix que, per la seva pròpia naturalesa, el poder disciplinari empresarial requereix d'uns marges de flexibilitat perquè l'empresari pugui valorar quan l'incompliment d'una obligació de treball pot atemptar contra l'ordre interior de l'empresa. D'aquí que no resulti infreqüent que en molts convenis col·lectius es desconeixi una estructura de faltes i s'acudeixi a una fórmula genèrica en funció de la qual es consideren faltes les accions u omissions que suposin un incompliment dels deures laborals de qualsevol tipus imposats per les disposicions legals vigents i, en especial, pel mateix conveni. En tot cas, és evident que els principis ètics i de conducta han d'inspirar la definició última dels incompliments laborals que es consideren susceptibles de sanció i orientar l'exercici del poder disciplinari per part d'una direcció pública, de la mateixa manera que la virtualitat orientadora del codi de conducta establert a l'EBEP s'hauria de projectar sobre l'estructura de faltes que es pugui establir en el corresponent conveni col·lectiu quan s'opti per una tipificació expressa de les conductes que tinguin la consideració de transgressió d'una obligació laboral.

Tanmateix, no estarà de més subratllar la vigència dels principis ètics i de conducta en el moment de l'aplicació del règim d'infraccions que s'hagi pogut establir. Tal com ens diu l'article 52 EBEP, els principis i les regles establertes en el codi de conducta informen la interpretació i l'aplicació del règim disciplinari dels empleats públics. Això vol dir que amb independència de la funció orientadora que els esmentats principis puguin tenir en el moment de la configuració de l'estructura de faltes que calgui incorporar al corresponent conveni, els esmentats principis es constitueixen en regles d'interpretació per a determinar les conductes que han d'esser considerades una falta laboral i en regles d'aplicació per concretar efectivament la imposició d'una sanció. De fet podríem dir que els principis i les regles de conducta establertes a l'EBEP ajuden a objectivar, des d'una perspectiva pública, l'exercici del poder disciplinari en un context d'exercici privat de funcions d'interès general, context en el que el principi de legalitat i el de tipicitat quedem

³⁹ Tal com és pot veure a la STSJ de Catalunya de 18 d'octubre de 2007, JUR/2008/11073 i SAN de 10 de desembre de 2008, JUR/2009/34904.

molt difuminats per la inexistència d'un esforç de concreció de les conductes punibles o per la proliferació de catàlegs de sancions amb una relativa abundància de normes en blanc, clàusules generals, remissions a l'analogia, establiment de tipus amb contorns febles que permeten un ampli marge de discrecionalitat en l'execució d'aquest poder.

Tanmateix, el cert és que la influència de l'EBEP sobre el "codi disciplinari" de les empreses i fundacions públiques és molt limitada. De fet, solament hem pogut localitzar un instrument amb una estructura de deures i obligacions laborals que representi un esforç cert de translació de la cultura pública a l'àmbit privat de gestió⁴⁰. Més enllà d'aquest exemple aïllat podem localitzar alguns instruments convencionals que integren una estructura de faltes clarament inspirada en el règim disciplinari dels funcionaris públics, de manera que, inclús en alguns supòsits, aquesta translació sense adaptació pot arribar a resultat incoherent per no adaptada a les necessitats de l'organització empresarial⁴¹. En una línia més "laboral" tenim els convenis d'aquelles empreses públiques que no determinen cap règim disciplinari⁴², en canvi altres opten per remetre l'estructura de faltes al corresponen conveni sectorial⁴³, però lo realment rellevant és que la majoria dels convenis de les entitats del sector públic segueixen com a patró el règim disciplinari contingut a l'Acord de cobertura de buits, amb la qual cosa un instrument creat per atendre les necessitats de cobrir els buits generats en el procés de substitució de les antigues ordenances laborals acaba essent el marc referencial del sistema disciplinari de les entitats del sector públic que actuen amb formes privades⁴⁴. En tot cas, la conclusió es obvia i no precisa una gran extensió. Senzillament, els principis ètics i els principis de conducta de l'EBEP no inspiren la configuració de l'exercici del poder disciplinari dels directius de les entitats del sector públic.

Més enllà de la estructura de faltes establertes en el sistema disciplinari de les entitats públiques, cal també prestar una especial atenció al sistema de sancions. De fet, el poder disciplinari empresarial, separat de l'acomiadament disciplinari, té més un caràcter correctiu que punitiu. En aquesta direcció, es pot afirmar que la finalitat última del poder disciplinari és conservadora i intimidadora i, sobretot, busca a través de les sancions mantenir un comportament adequat del treballador en funció de l'interès de l'empresa. D'aquí la diversa intensitat amb que es planteja l'esquema de sancions a l'àmbit públic i a l'àmbit privat. Si des d'una estricta lògica de comparació prenem com a referència el Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'administració de la Generalitat, ens adonarem que les faltes lleus poden ser sancionades amb una amonestació o una suspensió de funcions fins a

⁴⁰ Article 81 CC Empresa Municipal de Servicios de Medio Ambiente Urbano de Gijón, SA (BO Principado Asturias 9. 13.01.2009); en aquest precepte es dibuixa un sistema de deures i obligacions inspirat en els principis de conducta establerts a l'article 54 EBEP, encara que amb una treballada adequació a les necessitats de l'empresa, així, per exemple, els treballadors d'EMULSA, han de tractar amb atenció i respecte als ciutadans, als seus comandaments i a la resta de treballadors de l'empresa; han d'acomplir les tasques corresponents al seu lloc de treball de forma diligent i acomplint la jornada i l'horari establert; han d'obeir les instruccions i ordres professionals dels seus superiors; han d'informar als ciutadans sobre les matèries o assumptes que tinguin dret a conèixer, facilitar l'exercici dels seus drets i l'acompliment de les seves obligacions; han d'utilitzar els materials, bens, maquinària i, en general, els recursos de l'empresa amb austeritat, i han de vetllar per la seva conservació; han de refusar qualsevol regal, favor o servei; han de garantir la constància i permanència de la documentació de l'empresa; han de mantenir actualitzada la seva formació i qualificació; han d'observar les normes sobre seguretat i salut laboral; han de posar en coneixement dels seus superiors o dels òrgans competents les propostes que consideren adequades per millorar el desenvolupament del servei; han d'informar als comandaments de les deficiències detectades durant la jornada de treball.

⁴¹ Article 30 CC Servei Municipal de l'Habitatge i Actuacions Urbanes, SA (DOGC 5268. 28.11.2008), en el qual es tipifiquen faltes molt greus no funcional amb la lògica d'empresa com poden ser: "L'adopció d'acords manifestament il·legals que causin un perjudici greu a l'empresa o als ciutadans", o, "La violació de la neutralitat o de la independència política servint-se de les facultats atribuïdes per influir en processos electores de qualsevol naturalesa i àmbit". L'article 48 del CC Empresa Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Écija (BOP Sevilla 143. 22.6.2007), preveu que l'exigència de responsabilitat disciplinària al treballador s'ajustarà a la normativa laboral vigent, actuant amb caràcter supletori el règim disciplinari del personal funcionari.

⁴² CC SPM Promocions Municipals de Sant Cugat del Vallès (DOGC 4927. 17.7.2007)

⁴³ Article 28 CC Societat Urbanística Metropolitana de Rehabilitació i Gestió, SA (DOGC 5141. 29.5.2008)

⁴⁴ Articles 56,57,58 CC Aigües de Mataró, SA, Societat Privada Municipal (BOPB 290 12.04.2009); Article 35 CC Mercamollet, SL (BOPB 65. 17.3.2010); Articles 40, 41 i 42 CC Empresa Municipal de Serveis Públics, SL (DOGC 5122. 30.4.2008); Article 27 CC Serveis i Aigües de Barberà Empresa Municipal, SA (DOGC 5027. 12.12.2007); Article 56, 57 i 58 CC Aigües de Mataró, SA (BOPB 290. 12.4.2009); article 40.41 i 42 CC Empresa Municipal de Serveis Públics, SL (DOGC 5122. 30.4.2008).

quinze dies, les faltes greus amb una suspensió de funcions per més de quinze dies i fins a un any, i les faltes molt greus amb la suspensió de funcions per més d'un any i menys de sis i amb la separació de serveis; doncs bé, aquesta estructura es pot comparar amb el sistema de sancions de l'article 19 de l'Acord de cobertura de buits, en el qual s'estableix que les faltes lleus es sancionen amb amonestació verbal o escrita i suspensió de fins a dos dies, les faltes greus amb suspensió de l'ocupació de tres a catorze dies, y les faltes molt greus amb suspensió de l'ocupació de catorze dies a un mes i acomiadament disciplinari. Salta a la vista la desproporcionalitat existent entre les sancions per incompliment dels deures laborals a l'àmbit públic i privat, i es evident també que la majoria d'empreses i fundacions del sector públic prenen com a referència l'esquema privat de sancions laborals i, més concretament, el contingut a l'Acord de cobertura de buits, amb alguna lleu correcció a les sancions per faltes molt greus que poden arribar a representar dos o tres mesos de suspensió sense sou⁴⁵, però resulta encara més rellevant que alguns d'aquests instruments redueixi la intensitat correctiva d'aquestes sancions a l'amonestació en els supòsits de faltes lleus o a la suspensió de fins a deu dies en el supòsits de faltes greus⁴⁶, amb la qual cosa la capacitat preventiva del sistema de sancions acaba quasi per desaparèixer a l'àmbit dels serveis d'interès generals prestats amb formes privades de gestió.

Per acabar, no estarà de més esmentar la qüestió de la prescripció. L'apartat segon de l'article 60 ET assenyala que respecte als treballadors, les faltes lleus prescriuran als deu dies, les greus als vint dies, i les molt greus als seixanta dies, a partir de la data en la qual l'empresa va tenir coneixement de la seva comissió i, en tot cas, als sis mesos des que s'hagin comés. Lògicament, la primera nota a destacar és que la llei, al establir un termini de prescripció de les faltes, i també de les sancions, atès que el primer comporta el segon, està limitant l'exercici del poder disciplinari en la seva dimensió temporal, possibilitat d'exercici que queda lluny de l'equivalent establert a la funció pública, en la qual els terminis de prescripció són sensiblement més amplis per estar disposat que les faltes i les sancions lleus prescriuen als dos mesos, les greus als dos anys i les molt greus als sis anys, tal com estableixen els articles 22 i 23 del Decret 243/1995, de 27 de juny, pel qual s'aprova el Reglament de règim disciplinari de la funció pública de l'administració de la Generalitat de Catalunya. La segona nota a tenir en compte és que la reducció en excés del temps hàbil perquè una falta pugui ser objecte de sanció pot actuar contra l'objectiu de caràcter preventiu, i en definitiva, constituir un factor de desafiament a l'ordre intern de l'organització productiva. En aquesta direcció el cert és que la majoria dels convenis col·lectius examinats es limiten a la reproducció dels terminis citats, el que considerem expressiu d'una comoditat sindical amb un temps limitat per a l'exercici dels poders empresarials⁴⁷, tot i què sovint les previsions de la legislació laboral es modifiquen adientment, atès que en el precepte establert els terminis es computen des de què la direcció de l'empresa té coneixement dels fets constitutius de la falta i, en tot cas, des dels sis mesos de la comissió de la mateixa, mentre que alguns instruments convencionals s'alteren substancialment aquests temps quan s'estableix que els terminis de prescripció, i per tant, "tots" els terminis, començaran a comptar des que la falta s'hagi comés⁴⁸.

La direcció dels serveis d'interès general organitzats amb formes privades de gestió no pot prescindir de la cultura democràtica pròpia dels entorns públics. Els directius d'aquestes organitzacions són veritables direccions públiques directament vinculades a la defensa dels drets dels ciutadans i a la producció de serveis d'interès general en condició d'eficàcia econòmica. El seu paper no pot ser l'acomodació a la pressió sindical i el tancament endogàmic de les polítiques de personal de les seves organitzacions al marge dels processos de control polític i rendició de comptes. La pregunta és si la nostra direcció pública té un discurs i una pràctica alternativa per un sistema de relacions col·lectives protagonitzat per un sindicat que actua tenint en compte l'obtenció de beneficis immediats per als seus representants.

⁴⁵ Article 47 CC Madrid Espacios y Congresos, SA (BOCM 195. 18.8.2009); Article 35 CC Mollet Comunicació, SL (DOGC 5094. 19.3.2008); Article 30 CC Serveis i Aigües de Barberà Empresa Municipal, SA (DOGC 12.12.2007).

⁴⁶ Article 47 CC Mercados de Abastecimientos de Barcelona, SA (BOPB 73. 26.3.2010); Article 64 CC Gestión de Servicios de Algete, SAU (BOC Madrid 127. 30.5.2009); Article 29 CC Promoció i Desenvolupament de Roses, SL (exemplar fotocopiada).

⁴⁷ Article 49 CC Gestió de Serveis Funeraris de Reus, SA (DOGC 5292. 8.1.2009); Article 46 Fundació Privada Municipal Emma (BOP Girona 44. 5.3.2010); Article 45 Empresa Municipal de Serveis Públics, SL (DOGC 5122. 30.4.2008).

⁴⁸ Article 76 CC Empresa Municipal de la Vivienda de Toledo, SA (BOP Toledo 71. 29.3.2010)