

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CANTABRIA
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Nº 7-1-2010

S E N T E N C I A nº 746/09

- 7 ENE. 2010

Ilma. Sra. Presidente acctal.

Doña María Josefa Artaza Bilbao

Ilmos. Sres. Magistrados

Don Juan Piqueras Valls

Don Rafael Losada Armadá

En la Ciudad de Santander, a nueve de Diciembre de dos mil nueve. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria ha visto **el recurso número 550/08**, interpuesto por el **SINDICATO INDEPENDIENTE DE EMPELADOS PÚBLICOS**, representado por la Procuradora Doña Elena Morales Romero y defendido por el Letrado Don David Morales Romero contra el **GOBIERNO DE CANTABRIA** representado y defendido por los Servicios Jurídicos. La cuantía del recurso es indeterminada. Es ponente la Ilma. Sra. Magistrado Doña María Josefa Artaza Bilbao, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El recurso se interpuso el día 27 de mayo de 2008, frente al Acuerdo Administración-Sindicatos 2008-2011 sobre la mejora de la calidad de los servicios de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de las condiciones de trabajo de sus Empleados Públicos, publicado en el Boletín Oficial de Cantabria de 28 de Marzo de 2008.

SEGUNDO: En su escrito de demanda, la parte actora interesa de la Sala dicte Sentencia por la que deje sin efecto los actos administrativos impugnados en base a los hechos y fundamentos de Derecho que en la misma se exponen.

TERCERO: La parte demandada, contesta a la demanda, oponiéndose a la misma y solicitando la desestimación del recurso interpuesto por ser el Acto impugnado conforme con el Ordenamiento Jurídico.

CUARTO: No se recibe el pleito a prueba y se señala fecha para votación y fallo, que tuvo lugar el día 29 de octubre de 2009, en que efectivamente se deliberó, votó y falló, siendo posteriormente redactada la presente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso lo es la conformidad a derecho o no de la Resolución disponiendo la inscripción en el Registro y publicación del Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprobó el Acuerdo Administración - Sindicatos 2008-2011 sobre la Mejora de la Calidad de los Servicios de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de las Condiciones de Trabajo de sus Empleados Públicos.

SEGUNDO.- El Sindicato recurrente impugna el Acuerdo pro varios extremos que entiende totalmente lesivos para los intereses de los empleados públicos y así:

1º.-Respecto al punto Tercero, oferta Publica que convoque el Gobierno de Cantabria, según el texto que se dirá más tarde, supone la no inclusión de los puestos de carácter no singularizado en la obligación de resolución de los concursos de traslado de forma previa a aquella, sin haber fundamentado de ningún modo las razones de dicha exclusión y lo cual vulnera el derecho fundamental consagrado en el Art. 23.2CE al discriminar funcionarios que ya forman parte de la Administración, respecto de los de nuevo ingreso así como la vulneración del Art. 18.4 Ley 30/1984 y el Art. 42 Ley de Función Publica de Cantabria 4/1993..

2º.-La creación en el Acuerdo de una Comisión paritaria, en el referido punto tercero, tendente a regular los procesos selectivos y en el decimotercero, de una Comisión de seguimiento, con un contenido claramente negociador, lo que supone una vulneración del derecho de libertad sindical del

Sindicato recurrente, que no ha firmado tal pacto que se plasmo en el Acuerdo impugnado, lo que le excluye de futuro en las negociaciones de todo lo relativo a los procesos selectivos y a las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Y el Gobierno de Cantabria, como Administración demandada, se opone en síntesis, en cuanto a lo primero, por que la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, modifíco en su Art. 103, el régimen de provisión de puestos de trabajo de los funcionarios públicos, adicionado un segundo párrafo al Art. 18.4 de la ley 30/1984, sobre que "....Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios." Y que el Art. 18 ha sido derogado por la Ley 7/2007 LEBEP, pero el Art. 42.2 Ley de Cantabria 4/1993, se mantiene en vigor conforme a la Disposición Final 4º de la Ley 7/2007, de 12 de Abril, LEBEP y añade que en cuanto a la no motivación de la exclusión de sacar previamente dichas plazas ello no es oponible pues en modo alguno el acuerdo en ese criterio impugnado por ello enunciado no excluye los puestos no singularizados de los concursos que en su día se convoquen y que la motivación solo viene a ser exigida a las plazas concretas que se excluyen de una convocatoria luego no a los casos mencionados en el escrito de demanda, de fechas anteriores al Acuerdo y que de no estar conformes debieron recurrirlas el Sindicato.

Y en cuanto a los otros, esto es, creación de las dos Comisiones, alega que el Tribunal Constitucional ha sentenciado que es valido y licito por no vulnerar el derecho de libertad sindical la creación de instrumentos a través de los cuales no solo se ejecuta en sentido estricto, el contenido normativo del convenio sino que se crean instancias comunes de consulta y participación y que estas cláusulas no vinculan a quines no sean parte del convenio colectivo y no resultan obligados pero tampoco pueden entrar o acceder en ese tipo de comisiones los que no aceptan los compromisos y objetivos subyacentes en su creación (St. TCos nº 184/1991 y finaliza señalando que las dos Comisiones no tienen contenido de funciones negociadoras.

TERCERO.- Bien planteado en estos términos el debate, respecto al primer motivo ya expuesto antes, curiosamente ambas partes invocan una Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, sec. 7ª, S 10-12-2007, rec. 9458/2004. Pte: Calvo Rojas, Eduardo, para sustentar su tesis propia, uno, el Sindicato para entender conculcado el Art. 23.2 CE, por discriminar a los funcionarios que forman parte de la Administración respecto a los de nuevo ingreso y así como una ventaja a los funcionarios con puesto de trabajo singularizado respecto a los de no, al excluir a los últimos de la facultad de optar con carácter preferente a los puestos de trabajo que van a ser objeto de oferta de empleo publico, y por la Administración, Gobierno de Cantabria, para alegar que se habrá de estar al caso concreto, y que solo se decidirá en el supuesto del examen de las concretas exclusiones

de puestos de una determinada convocatoria de concurso permitirá valorar si queda explicado o no el interés público que motiva la exclusión y por ello justificado el sacrificio de los citados derechos.

Veamos la Resolución-Acuerdo del Consejo de Gobierno por el que se aprobó el Acuerdo Administración - Sindicatos 2008-2011 sobre la Mejora de la Calidad de los Servicios de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de las Condiciones de Trabajo de sus Empleados Públicos, en su punto TERCERO.- OFERTAS PÚBLICAS DE EMPLEO, establece en la parte que se debe contemplar en su conjunto sobre el cuestionado párrafo, que se remarca por nosotros en negrilla, lo que sigue:

"....La Administración y las Organizaciones Sindicales acordarán los criterios generales de aplicación a las Ofertas Públicas que convoque el Gobierno de Cantabria durante la vigencia del Acuerdo, destacando entre los más importantes:

- Inclusión de todos los puestos ocupados por interinos del ejercicio anterior en vacante.
- Reservar un porcentaje del 50% de la oferta convocada al turno de promoción interna, pudiendo realizarse en turnos conjuntos o independientes.

- Reservar el 5% sobre el total de los puestos convocados para personas con discapacidad, incluidos los procesos de promoción interna.
- En el ámbito de personal funcionario, el turno de promoción interna reservado a cuerpos generales podrá convocarse por el procedimiento de conversión directa de las plazas.
- **Se resolverán previa o simultáneamente, los concursos de traslados, que en todo caso deberán incluir los puestos de carácter singularizado...."**

Este contenido cuestionado, no es contrario al Art. 18.2 Ley 30/84, de Medidas de Reforma de la Función Pública, ni el Art. 42 Ley de Cantabria 4/1993 de Función Pública, en su redacción dada por el Art. 8. 2 la Ley 6/2005, de Cantabria -(que esta vigente por la Ley 7/2007 LEBEP)-, pues como muy acertadamente alega la Administración, la primera se modifico su redacción por la Ley 13/1196, cuyo texto antes transcrito en la presente, que es el que sigue establece "....Las vacantes correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tuvieran la condición de funcionarios.", por lo cual se permite y no es obligado que las vacantes incluidas en la oferta de empleo publico y en los consiguientes procesos de ingreso de personal publico se ofrezcan, en todo

caso, mediante un concurso previo a los funcionarios que es lo que pretende el Sindicato recurrente y además en una interpretación correcta y objetiva de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10/12/2007, anteriormente citada si se cumple con los parámetros en ella determinados, no se vulnera el Art. 23.2 CE y así en resumen se motiva en aquella lo que mas interesa resaltar y que se transcribe:

"....CUARTO.- margen de apreciación de que dispone la Administración al decidir si para la provisión de las plazas vacantes convoca o no un concurso de traslado entre quienes son ya funcionarios antes de ofertarlas a los funcionarios de nuevo ingreso. Esta es, en efecto, la cuestión que tiene una incidencia directa en la posible vulneración del derecho fundamental del artículo 23.2 de la Constitución, en cuanto afecta a la observancia de los principios de mérito y capacidad en la provisión de puestos de trabajo...."

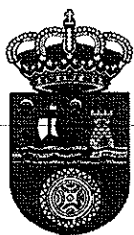
"...Interpretando lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 30/1984, la jurisprudencia ha declarado que el procedimiento de provisión de vacantes ha de ser previo a la formulación de la Oferta de Empleo Público, pues sólo de esta manera se asegura el mejor aprovechamiento de los efectivos existentes y, a resultas de aquél, se obtendrán las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas y que conforman las vacantes que integran la Oferta de Empleo

Público; derivándose de ello la consideración de que no es ajustada a derecho la aprobación de una Oferta de Empleo Público en la que la determinación de las plazas vacantes no resulte de una previa actuación administrativa que permita constatar que dichas plazas no pueden ser cubiertas con los efectivos de personal existentes -sentencias de esta Sala de 12 de marzo de 2001 (casación 8244/96) y 23 de julio de 2001 (casación 1004/97) -. Pero es cierto -como señala la sentencia recurrida- que esa doctrina jurisprudencial viene referida a una normativa anterior a la que es de aplicación al caso que nos ocupa, pues, en efecto, las sentencias citadas no contemplan la redacción dada al artículo 18.4 de la Ley 30/1984 por la Ley 13/96, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Partiendo de que la finalidad de los Planes de Empleo es definir las actuaciones a desarrollar para la óptima utilización de los recursos humanos dentro de los límites presupuestarios y de acuerdo con las directrices de política de personal (artículo 18.1 de la Ley 30/84), el párrafo primero del artículo 18.4 determina que "las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes serán objeto de Oferta de Empleo Público". Es innegable que el párrafo segundo que la Ley 13/1996 dio a este artículo 18.4 ("Las vacantes

correspondientes a las plazas incluidas en las convocatorias para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo entre quienes ya tengan la condición de funcionario") supone una ampliación del margen de actuación de la Administración. Pero es necesario determinar la amplitud de ese margen.

Aun después de la adición de ese párrafo la mecánica del sistema determina que una vez aprobada la Oferta de Empleo Público se proceda a la convocatoria de los procesos selectivos de nuevo ingreso "para las vacantes previstas" (artículo 9 del Real Decreto 365/95, aplicable supletoriamente a todas las Administraciones conforme a su artículo 1.3); y esa referencia de la norma a las vacantes presupone la existencia de un concurso previo entre funcionarios en el que tales plazas no quedaron cubiertas. El Ministerio Fiscal explica acertadamente el sentido y alcance de la reforma de 1996 señalando que con ella se ampliaron efectivamente las potestades de la Administración, que, en el ámbito de sus facultades de autoorganización y al servicio de un mayor eficacia funcional, puede excluir del concurso previo entre los ya funcionarios determinadas plazas que de este modo serán directamente objeto de convocatorias para el ingreso de nuevo personal. Pero es de esencia a tal facultad -señala el Fiscal- que venga referida a plazas concretas que se considere conveniente reservar a los funcionarios de nuevo



ingreso -por razones de autoorganización o de otra clase que persigan un fin protegido por la Ley-, lo que exige la expresión de dichas razones en el acto de exclusión.

QUINTO.- La sentencia recurrida atribuye a la reforma del artículo 18.4 por la Ley 13/1996 un alcance más profundo, pues parece considerar que la regla general ha sido modificada y que ahora no es ya obligado que las vacantes incluidas en la oferta de empleo público, y en los consiguientes procesos de ingreso de personal público, se ofrezcan previamente mediante el procedimiento de provisión correspondiente a los ya funcionarios. No obstante, la sentencia matiza luego esta interpretación señalando que el margen otorgado a la Administración tras la reforma de 1996 no es ilimitado; y así, después de indicar que ya no es obligado el concurso previo entre los funcionarios viene a puntualizar que "...ello no quiere decir que la Administración puede decidir arbitraria y caprichosamente sino que se trata del ejercicio de una potestad discrecional que ha de efectuarse conforme al interés público".

Una vez hechas las afirmaciones que acabamos de reseñar, la Sala de instancia señala que "...en el caso de autos no consta que la Administración haya obrado de forma contraria al interés público, ni de forma caprichosa o arbitraria como afirman los recurrentes". Pero lo cierto es que la



sentencia recurrida no explica qué razones han llevado en este caso a la Administración a no ofrecer en concurso previo a los ya funcionarios unas determinadas plazas y otras sí, ni queda explicado en la sentencia, por tanto, en qué forma el proceder de la Administración ha venido a satisfacer el interés público.


Ante tal ausencia de razones sustantivas -porque la Administración no las ha proporcionado- la sentencia recurrida formula una explicación meramente cuantitativa a partir del hecho de que por Orden de la Consejería de Administraciones Públicas de 19 de julio de 2001-es decir, antes de que se dictasen las órdenes impugnadas en el proceso de instancia- se convocó un concurso de traslado en el que se ofrecían 360 plazas. Tomando este dato, y considerando que las plazas incluidas en la oferta de empleo público estaban dispensadas de la exigencia de concurso de traslado previo, la sentencia concluye que no se ha quebrantado ningún límite legal porque el número de plazas previamente ofrecidas en concurso de traslado (360) es superior a la diferencia entre el número de plazas ofertadas finalmente a los aspirantes de nuevo ingreso (603) y las incluidas en la Oferta de Empleo Público (285).

El planteamiento no es asumible. Por lo pronto, ya hemos declarado que el párrafo añadido al artículo 18.4 por la Ley 13/1996 ("...las plazas incluidas en las convocatorias

para ingreso de nuevo personal no precisarán de la realización de concurso previo...) no alberga una exclusión general y automática del concurso previo sino que atenúa su obligatoriedad, permitiendo la norma que, de forma razonada, se excluyan determinadas plazas del concurso previo entre los ya funcionarios...."

Y continúa la misma Sentencia:

"...En la medida en que respecto de las plazas excluidas de ese concurso queda seriamente debilitada la efectividad de los principios de mérito y capacidad, pues funcionarios con mayor antigüedad y experiencia no tienen posibilidad de acceder a ellas y sí la tienen, en cambio, los que acaban de ingresar, la afectación del derecho fundamental sólo resulta admisible si la Administración, en el ejercicio de su potestad de organización, explica el interés público que se trata de proteger y expone los criterios seguidos para aplicar ese tratamiento diferenciado a unas y otras plazas, enervando así cualquier sospecha de arbitrariedad. Sólo de este modo queda justificado el sacrificio del mencionado derecho a la igualdad, que como es sabido no sólo opera en el momento de acceso a la función pública sino también durante el desarrollo de la función o el desempeño del cargo...."

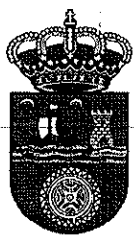


CUARTO.- Y además, la Sala entiende que de la lectura e interpretación (Art. 3.1 Código Civil) el criterio cuestionado e

impugnado, como tal, uno mas entre los otros que se detallan, no establece como lo afirma el Sindicato que se excluye en todo caso los puestos no singularizados.

Y en consecuencia, de todo lo que antecede se considera "a priori" que el Acuerdo impugnado en el punto tercero, en el apartado cuestionado, destacado en negrilla no infringe la legalidad y en ello se desestima la demanda, sin perjuicio de que se deba estar a las circunstancias de las concretas plazas y de las convocatorias que se oferten, a fin de cumplir con lo motivado en la Sentencia del Tribunal Supremo recurrida, y de ser impugnadas, sera resuelto por los Tribunales de Justicia.

QUINTO.- Otro contenido del Acuerdo recurrido lo es, en cuanto a la creación en ese mismo punto tercero de una comisión paritaria de seguimiento de los procesos selectivos y así como en el apartado decimotercero, que dispone la creación de una comisión de seguimiento del Acuerdo, pues sostiene el Sindicato recurrente que estas, ambas, tienen funciones negociadoras y, que solo están conformadas por los firmantes, entre los que no se encuentra el mismo, por lo cual se vulnera con su establecimiento en las condiciones plasmadas en el Acuerdo su derecho de libertad sindical.



El Art. 38 Pactos y Acuerdos Ley 7/2007, de 12 de Abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, dispone "...5. Se establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento de los

Pactos y Acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen.", y esto debe ser relacionado con el Art. 45.1 del mismo LEBEP, que alude a "...las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el art. 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos,...", llegando a la conclusión de ello, que las partes son libres de atribuir a las comisiones paritarias de seguimiento las funciones que estimen conveniente, dentro de la naturaleza de una comisión de este tipo, entre ellas, tiene cabida la vigilancia del cumplimiento del pacto o Acuerdo, el control de resultados de su aplicación y también, la de intervenir en la resolución de cuantas cuestiones deriven del proceso del contenido de los Pactos y Acuerdos.

Y en relación a la composición, dado su carácter paritario, de las comisiones de seguimiento, en principio dado que están destinadas a desempeñar funciones originariamente que corresponden a las partes negociadoras que susciten el Pacto o Acuerdo de que se trata, es necesario que se reproduzca el esquema de la Mesa de negociación.

Entre otras, Las Sentencias del Tribunal Constitucional, St. 30-09-1991, núm. 184/1991, St. TC 73/1984, St. TC nº 222/2005, BOE 246/2005, de 14/10/2005, rec. 3867/2003, Sentencias TS, de 31/01/1991, de 1/06/94, 21/11/1997, 9/04/2001, Sentencias TSJ Contencioso-Administrativo, de Castilla La Mancha, de

7/05/2003, y de Cantabria de 19/02/2004, Sala de lo Social, nº recurso 54/2004, han mantenido el criterio de que solo deben considerarse admisibles las exclusiones de los Sindicatos no firmantes en los procesos que sean de administración, y no en los que materialmente sean de negociación.

SEXTO.- Y así la Sentencia del Tribunal Constitucional Sala 2ª, Sentencia 12-9-2005, nº 222/2005, BOE 246/2005, de 14 de octubre de 2005, rec. 3867/2003, la más reciente de las mencionadas motiva que:

"OCTAVO.- En cuanto a la vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del sindicato recurrente por el segundo motivo alegado, es decir, por su exclusión de la Comisión de la mesa negociadora, debemos distinguir si, en atención al contenido de las funciones asignadas a ésta, su verdadera naturaleza es la de una comisión negociadora o, simplemente, la de una comisión de seguimiento del Acuerdo impugnado. En el ámbito de las relaciones laborales hemos declarado que "lo que se impide a las partes del convenio colectivo es que puedan establecer comisiones con función de modificación o regulación de condiciones de trabajo no abiertas a ese sindicato. La no suscripción de un convenio colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, en la negociación de cuestiones nuevas, no conectadas ni conectables

directamente con dicho acuerdo.

Más allá de este límite, las partes del convenio colectivo pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones ad hoc, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que hayan de restringirse tampoco, como parece entender el sindicato accionante, a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio colectivo" (STC 184/1991, de 30 de septiembre, FJ 6 EDJ1991/12418). La cuestión estriba, por tanto, en determinar si las funciones atribuidas a la Comisión de la mesa negociadora en el Acuerdo impugnado se limitan al seguimiento del mismo o se le atribuyen facultades negociadoras de aspectos nuevos...."

Y se prosigue en la misma que,

"....En consecuencia, de la lectura del Acuerdo de 31 de mayo de 2001, así como de las explicaciones del Gerente de la Universidad de Oviedo sobre el alcance del citado Acuerdo y los aspectos de éste cuya negociación queda diferida a un momento posterior en el seno de la Comisión de la mesa de negociación, se desprende que la naturaleza de ésta es la propia de un órgano negociador.

Por todo ello debemos declarar que la exclusión de la citada Comisión del SIPU lesionó el derecho fundamental

del sindicato recurrente a la libertad sindical (art. 28.1 CE) en relación con su derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE)..."

OCTAVO.- Y la otra Sentencia citada, en concreto del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso, N° de Recurso: 365/2002, fecha de Resolución: 07/05/2003, en lo que interesa al presente caso en este enjuiciado señala:

".....Pero, llegados a este punto, la dificultad del caso se centra en el hecho de que la alegada exclusión, a la que se refiere el planteamiento de la demandante, no se ha producido en principio en la Mesa Sectorial de Sanidad, sino en una ponencia preparatoria de la negociación de aquélla, constituida en virtud de un pacto concertado entre la Administración y otros sindicatos titulares del derecho de participación en la Mesa. Más concretamente, se produjo una negociación en dicha ponencia, en la que la demandante no participó, sometiéndose luego los compromisos adoptados en aquélla a la aprobación de la Mesa Sectorial, a la que fue convocada la demandante, y que, por tanto, pudo participar después en ésta.

Para decidir si con tal mecanismo de negociación se ha vulnerado el derecho de la demandante, es necesario analizar cuál fuese la función real desempeñada por dicha ponencia, en el sentido de si el cometido atribuido a la

Mesa Sectorial, o al menos parte del mismo, lo asumió de hecho la ponencia, y, en caso afirmativo, si es legal y constitucionalmente justificable que el derecho legal incondicionado de la demandante a participar en la negociación a desarrollar en la Mesa Sectorial pueda resultar limitado en cuanto a su posible participación en la ponencia.

En cuanto a la función real de la ponencia, (...) no es aventurado afirmar que dicha ponencia se concibió en origen como un órgano técnico, creado desde la propia Mesa Sectorial, para preparar la actuación final de ésta, de modo que desde su inicio, y al margen de que a la ponencia no se le dotase de capacidad decisoria definitiva, existía una parcial coincidencia entre la función legalmente atribuida a la Mesa Sectorial y la delegada desde ésta a la ponencia.

El dato mismo de que lo negociado en la ponencia se refiriese a una materia de inequívoca atribución legal a la negociación de la Mesa [art. 32 k) de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990], según se infiere del propio hecho probado 1 de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, pone de manifiesto la coincidencia funcional entre los cometidos desarrollados en la ponencia y los correspondientes legalmente a la Mesa, con lo que queda respondido en sentido afirmativo la primera de las dos dudas planteadas en el fundamento anterior

Para decidir la segunda (esto es, si dada la coincidencia parcial de contenidos de la Mesa y de la ponencia, es legal y constitucionalmente justificable que el derecho de la demandante a participar en la negociación a desarrollar en la Mesa Sectorial, pueda resultar limitado en cuanto a su posible participación en la ponencia), se debe examinar, primero, el contenido mismo del derecho de negociación en la Mesa, y segundo, la virtualidad del pacto celebrado con parte de los sindicatos participantes en el comité de huelga, para limitar la participación de la demandante en la ponencia.

En cuanto al contenido del referido derecho, debe significarse que la negociación colectiva es algo más que el acuerdo final a que, en su caso, aquélla pueda conducir, consistiendo antes que en éste, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va realizando. A ello debe añadirse el dato de la configuración colegial de la Mesa de negociación y de la negociación misma a ella confiada, que difiere muy sensiblemente de un hipotético modo de negociación en el que cada uno de los integrantes de la mesa negociase al margen del colegio. La pluralidad de los miembros del colegio, portadores de intereses distintos, y el conocimiento por cada uno de ellos de las posiciones de los demás en la negociación, con el consiguiente interés de poder debatir la posición de cada uno de ellos, pone de manifiesto que no son equiparables la negociación en el

seno del colegio, y las negociaciones separadas. Resulta claro, por tanto, que el derecho a negociar en un determinado colegio no se satisface mediante la negociación alternativa del Sindicato con la Administración al margen de él.

En cuanto a la virtualidad del pacto limitativo de la participación posible de la demandante en la Mesa, hay que decir, en principio, que si la ley, como es el caso, según lo dispuesto en el art. 30 de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990, concibe la negociación colectiva en el ámbito por ella regulado como emanada de «la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3 c), 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical», constituyendo al efecto las Mesas de negociación, como órgano de encuentro de dichas organizaciones sindicales y de la Administración empleadora, no cabe que pueda restringirse por ningún tipo de pacto entre los demás partícipes en la Mesa, una capacidad negociadora y el derecho de ella derivado, que la ley reconoce y atribuye, respectivamente, a los sindicatos legitimados para formar parte de la Mesa. Tal restricción resulta indudable, según lo expuesto antes, por el procedimiento, seguido en el caso de autos, de delegar una fase de la negociación a un órgano distinto de la Mesa, imponiendo para la participación en él condiciones no establecidas en la Ley, de modo que en virtud de ellas un Sindicato legitimado para participar en



la Mesa, si no cumple dichas condiciones, puede ver vedada su participación en aquel órgano".

Pues bien, los anteriores razonamientos resultan diáfanos en el sentido de proscribir la posibilidad de que la Administración, en materias propias de la negociación en el seno de la Mesa General de Negociación, se dedique a realizar negociaciones previas o paralelas con sindicatos seleccionados, con exclusión de alguno o algunos de los que tienen acceso legal al foro legalmente establecido para negociar y acordar, y a alcanzar acuerdos con los mismos, acuerdos que son después llevados a la Mesa legalmente establecida. Son también claros en cuanto a que la negociación colectiva "es algo más que el acuerdo final a que, en su caso, aquélla pueda conducir, consistiendo antes que en éste, en la propia actuación negociadora y en las deliberaciones por medio de las que se va realizando", de manera que si precisamente la sustancia de la negociación que ha conducido a la elaboración de una propuesta se hurta a uno de los miembros de la mesa, porque no ha tenido lugar en el seno de dicha Mesa, sino antes, se está condicionando completamente el ejercicio de la esencia del derecho a negociar. ..."

Y se añade en lo que afecta:

".... Es evidente que la Administración no tiene porqué acudir a las reuniones de la Mesa General con propuestas

poco elaboradas o estudiadas, y que es perfectamente legítimo que el personal de la Administración, o las empresas que pueda contratar, realicen cuantos estudios y reuniones consideren adecuadas para elaborar el documento que presenten a la mesa. Ahora bien, en todo ello no hay nada que tenga relación ni remota con la negociación; se trata de un trabajo previo a la negociación, la cual comenzará, real y no ficticiamente, cuando la propuesta fruto de los trabajos se presente a la Mesa. Pero muy distinto es que esa fase de preparación se haga por el Ayuntamiento con ciertos sindicatos seleccionados y no con otros, con los que además se suscribe formalmente un acuerdo (el de 6 de mayo de 2002). Eso es, evidentemente, adelantar la negociación y sacarla de sus cauces para limitarla a determinados sindicatos y vedarla a otros, lo cual, indudablemente, implica la vulneración del derecho a negociar de estos últimos, y, en consecuencia, de su libertad sindical..."

NOVENO.- Uno de los párrafos del punto tercero, como ya se ha dicho constituye una Comisión de seguimiento de los procesos selectivos y lo hace en los siguientes términos:

"Se constituye una Comisión de Seguimiento que tendrá como finalidad la interpretación de los contenidos del presente Acuerdo y el análisis de su cumplimiento.

Esta Comisión será paritaria y estará conformada, por la parte sindical, por un miembro designado por cada

organización sindical firmante y, por la parte de la Administración, por un número equivalente de miembros.

Se deberá constituir en el plazo de un mes desde la firma del presente Acuerdo."

Y la Sala, a la luz de la doctrina y jurisprudencia que antecede al texto transcrito del Acuerdo ahora recurrido considera que lesiona el derecho a la libertad sindical, ya que tiene asignado un claro contenido negociador en el sentido expuesto y priva al Sindicato recurrente de participar en la negociación colectiva y así se consigna en el texto del Acuerdo que partiendo del EBEP, se constituye la Comisión de Acuerdo para "...negociar fórmulas para que las Organizaciones Sindicales puedan participar en el desarrollo de los sistemas selectivos." "...para negociar cada una de las concretas formas de colaboración, medidas generales de aplicación a los procesos selectivos tendentes a la aplicación de técnicas más adecuadas para la selección de los distintos cuerpos o escalas de la Administración, a la coordinación de los procesos y al cumplimiento de los principios de igualdad, mérito y capacidad. La Comisión se regirá por las normas de aplicación a los órganos colegiados." Y de ello se infiere con claridad meridiana, se atribuyen a la Comisión de seguimiento, conformada por la Administración y los sindicatos firmantes, que no el recurrente, competencias negociadoras amplias sobre la materia, con el tenor literal transcrito antes. Y por ser estas competencias relativas a negociación no pueden reservarse a los



mismos, puesto que se refieren a ulteriores procesos negociadores para modificar el mismo o para mantener su vigencia y contenido en periodos distintos del pactado y de tales procesos negociadores no pueden quedar excluidos los sindicatos que por su representatividad tengan derecho a estar presentes en la mesa sectorial en el momento temporal en el que la negociación se lleve a cabo, con independencia de su adhesión o no al acuerdo inicial.

DECIMO.- Y la otra Comisión, contemplada como ya se ha expuesto en el Punto Decimotercero del Acuerdo, se trata de la denominada Comisión de Seguimiento del Acuerdo que se contiene en el texto como Comisión de Seguimiento que tendrá como finalidad la interpretación de los contenidos del presente Acuerdo y el análisis de su cumplimiento." "Esta Comisión será paritaria y estará conformada, por la parte sindical, por un miembro designado por cada organización sindical firmante y, por la parte de la Administración, por un número equivalente de miembros." "Se deberá constituir en el plazo de un mes desde la firma del presente Acuerdo."

Bien el Sindicato recurrente, alega vulneración del derecho de libertad sindical por cuanto se le excluye de su composición de esta Comisión pero para el mismo, al ser las funciones otorgadas mas amplias que las de interpretación de los contenidos del presente Acuerdo y el análisis de su cumplimiento ya que, primero, en relación al punto Sexto que establece

"...JUBILACIÓNpárrafo IV, "...El procedimiento actualmente regulado es anterior al EBEP y por ello ha de promoverse conjuntamente por la Administración y las Organizaciones Sindicales **una modificación** del mismo que incida en los supuestos, informes, plazos... y demás circunstancias que se consideren necesarias para facultar la prolongación en el servicio del funcionario como algo eficaz y operativo tanto para el solicitante como para la Administración volcada en dar un servicio público de calidad." Lleva consigo un contenido negociador, pues, se va a producir una modificación del procedimiento de jubilación.

Y Asimismo, y segundo, respecto al Séptimo, en lo que hace referencia a la Salud laboral ya que el texto entre otros extremos, señala que "...5) En el plazo máximo de un mes desde la firma del presente documento, la Administración y las Organizaciones Sindicales se comprometen, en el foro correspondiente, a iniciar los trabajos tendentes a la redacción de un nuevo Acuerdo Administración-Organizaciones Sindicales en materia preventiva que desarrolle y, finalmente, sustituya al anterior. Ambas partes se comprometen a que el plazo de negociación y firma final del mismo, no se prolongará más allá de tres meses." Estima que tiene un contenido negociador y como se va producir según esos términos el acuerdo sobre Salud laboral, en el seno de la Comisión de Seguimiento al excluirle se vulnera su derecho citado.



UNDECIMO: Y la Sala, entiende que por una parte se le atribuyen meras funciones de seguimiento del acuerdo, teniendo en cuenta que por seguimiento ha de entenderse la posibilidad de obtener información sobre aspectos concretos relativos al cumplimiento del mismo y la puesta en común de las posiciones sobre la interpretación que haya de darse a sus cláusulas en relación con los supuestos en que han de aplicarse. En relación a estas funciones no puede hablarse de vulneración del derecho de libertad sindical del recurrente por el hecho de su exclusión de los órganos paritarios previstos en el Acuerdo.

Pero, dicho esto, por la Sala se ha de decir asimismo, que del tenor literal transcrito y cuestionado, se desprende que no es un mero "seguimiento" de un procedimiento de jubilación o de un punto concreto y determinado sobre la Salud Laboral, sino que, al igual que en el supuesto de la Comisión de Seguimiento del punto Tercero, se deja en manos de estas Comisiones, todo esto en los extremos antecitados y por lo ya razonado antes, se les otorga unas facultades amplias en materias relacionadas con la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y así se alude en el Punto Tercero y en el Sexto, entre otros del Acuerdo.

En consecuencia, significa se deja para la Comisión de seguimiento, tanto en una (punto Tercero como la del Decimotercero) el proponer y tratar entre las partes firmantes aspectos de las cuestiones reflejadas en el Acuerdo pero sin

embargo, ello se refiere a contenidos no plasmados en el Acuerdo recurrido y menos en términos precisos en el mismo sino pendientes de ulterior fijación, estableciendo un plazo de un mes máximo tanto para la constitución de las Comisiones y como para el compromiso "de inicio de trabajos tendentes a la redacción de un nuevo Acuerdo Administración-Organizaciones Sindicales" y de "que la firma final,.... no se prolongará más allá de tres meses.", lo cual significa que tiene un claro contenido negociador de futuro de que se dota u otorga a aquellas(las Comisiones) y, sin embargo y pese a lo cual, de ello se aparta al Sindicato recurrente, pues, se le excluye en la composición paritaria al Sindicato recurrente vulnerando su derecho de libertad.

DUODECIMO.- En cuanto a las costas del proceso, el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa permite su imposición a la parte que litigue con temeridad o mala fe, sin que en el presente caso concurra ninguna de las mencionadas circunstancias, por lo que no procede la imposición de las mismas.

F A L L A M O S

Que debemos estimar y estimamos de manera parcial el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el **SINDICATO**

INDEPENDIENTE DE EMPLEADOS PÚBLICOS, representado por la Procuradora Doña Elena Morales Romero y defendido por el Letrado Don David Morales Romero contra al Acuerdo Administración-Sindicatos 2008-2011 sobre la mejora de la calidad de los servicios de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria y de las condiciones de trabajo de sus Empleados Públicos, publicado en el Boletín Oficial de Cantabria de 28 de Marzo de 2008, en el sentido de que declaramos la inaplicabilidad del punto tercero y decimotercero, en cuanto en las comisiones paritarias de seguimiento, contempladas en ellos, vinculan la necesidad de ser firmantes del mismo para poder participar en ellas, por tener contenido negociador estas y vulnerar el derecho de libertad sindical, reconociendo el derecho del mencionado Sindicato recurrente a participar en las mismas, con la Administración y el resto de los representantes sindicales firmantes del Acuerdo ello en los términos expresados en los fundamentos noveno y décimo y undécimo y sin que proceda hacer mención expresa acerca de las costas procesales causadas, al no haber méritos para su imposición.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará a las partes con expresión de los recursos que en su caso procedan frente a ella, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Intégrese esta Resolución en el Libro correspondiente. Una vez firme la sentencia, remítase testimonio de la misma, junto con

Not. 7-1-2010





el expediente administrativo, al lugar de origen de éste.

