



CONFEDERACIÓ GENERAL DEL TREBALL

SECRETARIA DE JURÍDICA D' A.P. DE CATALUNYA

1T/03

La Productivitat dels Funcionaris de la AGE, CCAA i EELL

Nº1T/03 1er TRIMESTRE



PRODUCTIVIDAD DEL PERSONAL FUNCIONARIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

INDICE	
	Pag.
1 NORMATIVA APLICABLE:	1
Administración General del Estado	1
Administración de las CCAA	1
Administración de las EELL	2
2 CUESTIONES GENERALES:	2
Aspectos comunes	2
Concepto de Productividad	2
Distinción de otros conceptos retributivos	2
- Complemento Específico	2-3
- Gratificaciones por Servicios Extraordinarios	3
Naturaleza de la Productividad	3
Productividad, Mutualismo y Clases Pasivas	4
Productividad, Jornada y Horario	4-5
Productividad, Licencias y Permisos	5-6
3 PRODUCTIVIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. EL ART. 14 CE.	6-9
- El deber de motivación	10
4 PRODUCTIVIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	11
a) AGE	11-12
b) CCAA	13
c) EELL	13
5 PRODUCTIVIDAD Y DERECHO A INFORMACIÓN	14
a) AGE	14
b) CCAA	14
c) EELL	14-15



1) NORMATIVA APLICABLE:

ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO:

- 1) art.23.3c) Ley 30/84 de 2 de agosto.
- 2) Art.9.4, y 32.a) y b) ley 9/87 de 12 de junio
- 3) Leyes de Presupuestos
- 4) Circulares, Instrucciones y Resoluciones de cada Organismo Público

El art.23 de la Ley 30/84 se considera como legislación básica (art.1.3) por lo que debe respetarse por la normativa de las CA.(art.149.1.18 CE) y de las Entidades Locales.

ADMINISTRACIÓN DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA:

- 1) Art.103.1 c) del Decreto Legislativo 1/97 de 31 de octubre,
- 2) Art.107 DL 1/97 y arts.9.4, 32 a) y b) Ley 9/87
- 3) Leyes de Presupuestos e la GC.
- 5) Circulares, Instrucciones y Resoluciones de cada Departament.

ADMINISTRACIÓN LOCAL:

- 1) Art.305.2 Llei 8/87 de 15 de abril Municipal y de Règim Local de Catalunya.
- 2) Arts.171 y 172 del Decret 214/90 de 30 de juliol Reglament de Personal al Servei de les Entitats Locals de Catalunya.
- 3) Arts,175 y 176 D 214/90.
- 4) Art.5 RD 861/86 de 25 de abril sobre Régimen de Retribuciones de los Funcionarios de la Administración Local.
- 5) Art.93.2 Ley 7/85 de 2 de abril Reguladora de las Bases del Régimen Local.

2) CUESTIONES GENERALES:

a) **Aspectos comunes:** dado que, como arriba se ha indicado, el art.23 de la Ley 30/84 tiene carácter básico, su contenido se reproduce casi íntegramente en la legislación autonómica y local antes citada, por lo que los criterios jurisprudenciales que citaremos, son extensivos a estos ámbitos y muchas de las cuestiones acerca de la productividad las haremos refiriéndonos indistintamente al personal funcionario al servicio de la AGE, CCAA y EELL.

b) **Concepto de productividad:** es una de las retribuciones complementarias de los FFPP, destinada a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeñe su trabajo (Art.23.3 c) Ley 30/84).

c) **Distinción de otros conceptos retributivos:** hay que distinguir la productividad de otros conceptos, como son :

1) **El complemento específico:** (AGE art.23.3 b Ley 30/84; CCAA art.103 b) DL1/97: EELL: arts-169 y 170 D214/90): está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica (STS 25 de mayo 1993), dedicación , responsabilidad (STSJ Extremadura de 26 de julio de 1996), incompatibilidad, peligrosidad (STSJ Extremadura 1 de diciembre 1996) o penosidad (STSJ de la Rioja de 7 de noviembre de 1996). En ningún caso podrá asignarse más de un complemento específico a cada puesto de trabajo.

Por tanto, la primera diferencia del complemento específico con el de productividad es su carácter objetivo: retribuye las condiciones del puesto de trabajo con independencia de quién lo ocupe, y contrasta con el carácter subjetivo de la productividad que retribuye, el rendimiento, actividad, interés o iniciativa. (STS 13 de diciembre de 1996). En segundo lugar, el complemento específico, en tanto que complemento "de puesto", y no de persona, figura en las correspondientes relaciones de puestos de trabajo. (arts.15 b y 16 de la Ley 30/84), cosa que no ocurre con el complemento de productividad.

Estas distinciones entre productividad y Complemento Específico son importantes, puesto que la Administración, en ocasiones ha confundido ambos conceptos: por ejemplo STSJ Canarias 325/98 de 3 de abril (RJCA 1998/2395), relativa a la productividad en el INSS, en que en base a la Resolución del MTSS de 12 de diciembre de 1988 se retribuía la tramitación de expedientes

incoados al amparo de convenios bilaterales y Reglamentos comunitarios, y se interpretaba que para percibir la productividad tales funciones debían tener carácter exclusivo (*Full time*):ello fue desestimado por diversas sentencias P.ej. STSJ Canarias de 9 de junio de 1995, en base, precisamente, a que la productividad no retribuye la función, sino el cómo se desempeña tal función, por tanto en base al carácter subjetivo de la productividad, frente al objetivo del complemento específico. Ello se tradujo en un reconocimiento del derecho a percibir la productividad a aquellos funcionarios que hubieran desempeñado tales funciones aún con carácter parcial y no a tiempo completo.

2) Las gratificaciones por servicios extraordinarios:(AGE: art.23.3 d Ley 30/84; CCAA art.103 d D1/97; EELL arts.173 y 174 D 214/90): retribuyen el trabajo realizado fuera de la jornada normal y en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía y periódicas en su devengo.

En relación con este tema es importante tener en cuenta la doctrina fijada por el TS en su STS 30 de enero de 1998 que entiende que: *‘El complemento de productividad, cuando así lo hayan establecido las competentes autoridades administrativas, constituye un concepto que la Administración puede utilizar, junto a los demás que vienen determinados legalmente, para retribuir la prestación de una jornada de trabajo de 40 horas semanales superior a la ordinaria de 37 horas y media por semana’*. Por tanto los funcionarios de la AGE con horarios especiales (apartado 3º de la Resolución de la SEAP de 27 de abril de 1995) podrán percibir este complemento. No obstante, la realización de 40 horas semanales por el personal sometido al horario general debe entenderse como trabajo realizado fuera de la jornada normal y por tanto retribuible por medio de las gratificaciones por servicios extraordinarios y no por medio de la productividad.

d) Naturaleza de la productividad: es una retribución complementaria, no consolidable, de naturaleza subjetiva puesto que depende de manera directa del trabajo efectivamente prestado, sin perjuicio de que los criterios para la determinación sean de carácter objetivo (baremos) o incluso mixto (baremos y apreciación subjetiva del Jefe de Unidad) : ej.STSJ de Aragón 862/99 (RJCA 1999/5259) en que se fija la cuantía individual en primer lugar por un sistema de baremo objetivo y en segundo lugar se corrige por el jefe de unidad, a través de su apreciación discrecional (téngase en cuenta que discrecional no equivale a arbitrario).

e) Productividad, Mutualismo y Clases Pasivas:

FFPP AGE: La naturaleza de retribución complementaria que tiene la productividad arroja, como primera consecuencia, que las cantidades percibidas en concepto de productividad no forman parte de la base de cotización a MUFACE, por lo cual, a la luz de los arts.19.2 y 68 del RD 843/76 , en el cálculo de las prestaciones, que se efectúa en relación con las bases de cotización, no se tienen en cuenta las cantidades percibidas en concepto de productividad.

Desde un punto de vista sindical ello perjudica los derechos pasivos y es aconsejable reivindicar el mayor aumento de las retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias) que las complementarias (complemento de destino, específico, el complemento de productividad y las gratificaciones extraordinarias) ; es decir, justo lo contrario de lo que viene siendo habitual.

FFPP EELL: téngase en cuenta que desde 1 de abril de 1993 quedan integrados en el Régimen general de la SS, con las particularidades previstas en el RD480/93, y en particular en cuanto a la cotización hay que tener en cuenta el art.4 del citado RD :*"la cotización al RGSS, a partir de 1 de abril de 1993 se hará por todas las contingencias de acuerdo con las normas del RGSS, con las excepciones y particularidades previstas en la DT 3ª,4ª y 5ª del presente RD"* . Salvadas estas peculiaridades la base de cotización, según los arts.109 LGSS y concordantes está constituida por la remuneración total, incluida la productividad, y excluidas, entre otras, las dietas e indemnizaciones por razón de servicio.

f) Productividad, jornada y horario: la retribución, por medio de la productividad, de una jornada superior a la ordinaria no casa bien con el concepto de este complemento y con la distinción, que ya hemos hecho, de la productividad y las gratificaciones extraordinarias. Otra cosa es, como ya apuntamos más arriba que los funcionarios sujetos a horarios de especial dedicación puedan cobrar este complemento, junto con el específico (vidsupra STS 30-enero-1998).

En este sentido, existe jurisprudencia menor, como la representada por la STSJ de Baleares 461/97 de 30 de septiembre (RJCA 1997/1847) que estima el recurso contra la resolución de la DGTGSS que imponía a los demandantes la obligación de realizar jornada de 40 horas semanales por percibir complemento de productividad, sin derecho a cantidad adicional por la realización de dicha

jornada. Merece la pena analizar esta sentencia puesto que nos puede ser de utilidad. El acto recurrido en la misma impone la obligación de realizar a los demandantes jornada de 40 horas por el mero hecho de percibir el complemento de productividad. Ello se basa, erróneamente, por la Administración, en que en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para 1986 y en las sucesivas, se establecía que el complemento de productividad retribuiría la "dedicación extraordinaria", y la Administración confunde dedicación extraordinaria con prolongación de la jornada laboral.

A remediar tal confusión contribuye la sentencia que estamos ahora comentando y que dice en su FDº 2º "... *la prolongación de la jornada de trabajo no ha de ser retribuida mediante complemento de productividad sino a través del complemento específico, sin perjuicio, claro está, que el rendimiento en el período prolongado pueda aplicarse también el complemento de productividad por concurrir los hechos que lo determinan*". En este caso se trataba de funcionarios con jornada de 37,30 horas. Finalmente dice la sentencia "*Por consiguiente, la referencia en las Leyes de presupuestos a la dedicación extraordinaria debe interpretarse de conformidad con aquellos otros factores que como la actividad, el interés, la iniciativa y el rendimiento son determinantes para la consecución de resultados u objetivos asignados. Así las cosas, la sola prolongación de jornada, desconectada de objetivos a alcanzar, se retribuye mediante el complemento específico, atendiendo con ello a las condiciones particulares del tiempo de dedicación al puesto de trabajo*".

g) Productividad, licencias y permisos:

-Incapacidad Temporal: el derecho a percibir el complemento de productividad durante el tiempo en que el funcionario está en IT, es objeto de una interpretación dispar por parte de la jurisprudencia de los TSJ. Así en la STSJ Catalunya 851/94 (Sección 4ª) de 16 de diciembre (RJCA 369/1994), el TSJ declara el derecho del actor a percibir el complemento de productividad que proporcionalmente corresponda al tiempo durante el que no estuvo de baja durante un año concreto. Es interesante en esta Sentencia constatar que frente a la alegación de extemporaneidad del recurso que alega la Generalitat de Catalunya (demandada), el TSJ entiende que la publicación en el tablón de anuncios del centro de trabajo no constituye notificación. Por otro lado, en la misma sentencia se puede observar cómo se encauzó correctamente la alegación de vulneración del principio de igualdad, puesto que se alegó y probó la existencia de otro funcionario, también en situación de IT, que cobró el complemento.

Por otro lado la STSJ Valencia 601/99, condena la TGSS a abonar el complemento de productividad URE durante el tiempo que pasó en incapacidad laboral. También STSJ Valencia 721/95. Ello es así, puesto que el Tribunal entiende que si no se excluye la percepción de la productividad en situaciones de maternidad o de permiso sindical, no está justificado excluirla en situación de IT, dado el uso desnaturalizado que del complemento venía haciendo la TGSS.

-Maternidad: la jurisprudencia es dispar y va un poco en función de las Instrucciones de distribución de productividad de cada Ministerio. Así por ejemplo en el MTASS (vid supra _STSJ Valencia 601/99) la maternidad no es causa de exclusión de la productividad, mientras que en Instituciones Penitenciarias al venir como causa de exclusión de la productividad la IT se incluye también, injustamente, la maternidad (Vid STSJValencia, Sección 2ª 559/99 de 21 de mayo).

-Liberados sindicales: existen sentencias bastante contundentes en contra de la desigualdad salarial por motivo del ejercicio de funciones sindicales: STSJ País Vasco, Sección 1ª 167/2001, de 28 de febrero, en el que se proclama el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. También esta doctrina tiene su acogida en sede constitucional, en relación con el art.14 y 28 CE, y el Convenio 135 OIT: así STC 161/91, 59/82, 177/88, y un largo etcétera. Sorprendentemente alguna sentencia se aparta de esta línea, como la dictada a favor de Correos por STSJ Valencia , Sección 2ª, 299/99 de 10 de marzo (RJCA 3889/1999).

3. PRODUCTIVIDAD Y PRINCIPIO DE IGUALDAD. EL ART.14 CE: es un problema común a las Secciones Sindicales de AP, tanto de la AGE, como de las CCAA y EELL, el tema de la discriminación y los agravios comparativos que con el complemento de productividad se producen tan a menudo; por ello, resulta de interés analizar cómo y cuándo puede recurrirse tal discriminación.

Para abordar la cuestión lo primero que hay que tener en cuenta es la Jurisprudencia del TC y del TEDDHH, sobre el art.14 de la CE. En este sentido, la STC 22/81, recibe la doctrina del TEDDHH en la línea de que *toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art.14 del CEDDHH (art 14 CE), no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la*

medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida"

Esta línea doctrinal ha sido adoptada por la jurisprudencia del TS y de los TSJ, y en el tema de la productividad se plasma en múltiples sentencias. Así STS 28-1-1998; STSJ Cantabria de 7 de septiembre de 1999 (RJCA 2576/1999) la cuál dice "*El principio de igualdad no implica, en todos los casos, un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de trascendencia jurídica, de donde se deduce que **entre los casos confrontados ha de existir una igualdad esencial y no un puro parecido***".

De aquí ya podemos deducir que, cuando invoquemos la infracción del principio de igualdad deberemos tener especial cuidado en señalar el término de comparación, es decir, el parámetro con el cuál comparamos la percepción/ no percepción; mayor/menor cuantía del complemento de productividad, y que evidencie la ausencia de una justificación objetiva y razonable. (Autos del TC de 2- 7 y 6-10 de 1982).

Siguiendo con el comentario de la STSJ Cantabria de 7 de septiembre de 1999, en la que se invoca la infracción del principio de igualdad, hay que destacar que en la misma se considera vulnerado el p. igualdad porque se estableció un sistema rotatorio de percepción del complemento de productividad, que según la Sala provoca su desnaturalización (pues el sistema es objetivo y ya hemos dicho que la productividad tiene naturaleza subjetiva), por cuanto si el recurrente cumplía los requisitos necesarios para ser acreedor al complemento debió percibirlo, y por otro lado si el recurrente venía percibiendo de forma alterna, pero ininterrumpida el complemento, debió la Administración explicar los motivos o justificar el cambio de circunstancias que justificara su denegación.

Continuando con la jurisprudencia, hay que tener en cuenta la existente en materia del principio de igualdad y las retribuciones de los funcionarios públicos, que viene expresada, entre otras por la STC 236/94: en la misma podemos observar la imperiosa necesidad de precisar el término de comparación de manera que se evidencie una ausencia de justificación objetiva y razonable en la asignación o aplicación del complemento de productividad. Así dispone esta sentencia "*La simple constatación de la diferencia retributiva entre dos cuerpos o categorías de funcionarios no puede servir de fundamento suficiente para una demanda de amparo, sin necesidad de ulteriores razonamientos, ni, en definitiva, permite justificar una pretensión de equiparación de retribuciones en sede constitucional, fundada en exigencias*

pretendidamente derivadas del derecho fundamental a la igualdad... Como ha señalado reiteradamente el TC, la igualdad o desigualdad entre cuerpos de funcionarios o más en general, entre estructuras que, en cuanto tales y prescindiendo de su sustrato sociológico real, son creación del Derecho, es resultado de la definición que éste haga de ellos, esto es, de su configuración jurídica. A la luz de esta línea jurisprudencial podemos concluir que los recursos fundados en que "fulanito del grupo A, cobra más que yo que soy del Grupo C" están abocados inexorablemente al fracaso, cuando se articulan por la vía de la tutela de derechos fundamentales. Otra cosa es que el criterio de asignación atienda a parámetros distintos de los que prevé el art.23.3c) de la Ley 30/84, como hemos visto en anteriores ejemplos, como cuando se distribuye el complemento asignando un % fijo según Grupo o categoría, sin atender a la especial rendimiento, actividad extraordinaria, interés o iniciativa; en tales casos estamos ante una pura y llana vulneración del art.23. 3 c) de la Ley 30/84, es decir ante una causa de anulabilidad del art.63 de la Ley 30/92 y no ante una infracción del principio de igualdad, por lo que procesalmente tales impugnaciones habrían de encauzarse por la vía del proceso ordinario (arts.43-113 LJCA)

Ver también la STJ Castilla y León 419/2001 de 13 de octubre: "El complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo. Tiene, pues, el carácter de incentivo eminentemente personal aunque su determinación y cuantificación se realice por el órgano competente en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo, por ello, en su reconocimiento existe una cierta discrecionalidad - que no arbitrariedad - de la Administración.

La pretendida vulneración del principio de igualdad del art.14 CE que subyace bajo la pretensión actora, exige, para su apreciación, que quien invoque dicha infracción aporte un término de comparación válido demostrativo de la identidad sustancial de situaciones jurídicas que han recibido un trato diferente sin causa objetiva y razonable, y, a su vez, dicho principio actúa como límite al propio legislador, que no puede establecer desigualdades cuando la diferencia de trato carezca de una justificación de tales características dentro siempre de la idea de que entre situaciones idénticas, deben establecerse soluciones que también lo sean.

Cambiando de tercio, abordaremos ahora las innegables ventajas procesales que la correcta articulación del recurso contra las Circulares, instrucciones o resoluciones que fijan los criterios de asignación del complemento de productividad o del recurso contra los actos de aplicación de tales disposiciones administrativas representan. En tal sentido la Ley 29/98 de 13 de julio que regula el Procedimiento Contencioso-Administrativo (LJCA) nos ofrece las siguientes opciones:

1) El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales: (arts.114 a 122 de la LJCA). En este procedimiento no pueden ventilarse cuestiones de legalidad ordinaria (p.ej. infracción del art.23.3 c) de la Ley 30/84), que se reservan al proceso contencioso administrativo ordinario (arts.43-113 LJCA), aunque la invocación de la infracción del principio de igualdad constituye una importante excepción a tal regla. Ello es así, por que el principio de igualdad carece de entidad propia; es decir, es un principio esencialmente relativo, en tanto en cuanto la igualdad siempre se predica en relación a otro derecho o derechos y, por tanto la invocación del principio de igualdad supone siempre la necesidad de tomar como referentes preceptos de la legislación ordinaria (Vid. STC 80/90., STS 7-7-95). En cuanto al objeto de la impugnación puede venir constituido tanto por la disposición administrativa (Resolución, Circular...) como por los actos de aplicación de la misma.

2) El procedimiento ordinario: (arts.43-113 LJCA). Aunque invoquemos la infracción del principio de igualdad podemos hacerlo por el cauce del proceso ordinario. Es decir, no es obligatorio optar por el cauce del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales, sino que es opcional.

3) El procedimiento especial y el ordinario simultáneamente: teniendo en cuenta que el proceso especial no suspende los plazos para el planteamiento del ordinario y que en el ordinario no puede hacerse valer la vulneración del derecho fundamental, si esta pretensión ha sido desestimada previamente en el proceso especial.

Finalmente, para terminar con los aspectos procesales, hay que tener en cuenta, en el ámbito de Catalunya que la Sección 4ª del TSJ Catalunya en STSJ 728/99 entiende que los Sindicatos carecen de legitimación para impugnar los acuerdos que ordenan el pago del complemento de productividad, legitimación que corresponde a las Juntas de personal y a los Delegados de Personal. Doctrina un tanto chocante, pero reiterada en otras sentencias como las de 7-12-1998 y 24-3-1999, por lo que hay que tenerla en cuenta si no queremos encontrarnos con una causa de inadmisión del recurso.

- **El deber de motivación:** el deber de motivación de los actos administrativos viene contemplado, con carácter general, en el art. 54 de la Ley 30/92. En tal sentido "*Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho. C) Los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos. F) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de una disposición legal o reglamentaria expresa.*

Así las cosas, la motivación está íntimamente ligada a la tutela judicial efectiva, a la seguridad jurídica, y, en definitiva, constituye una garantía del funcionario y de los administrados.

En los supuestos de necesidad de motivación por apartarse del precedente, la función que cumple la motivación es la de garantizar el respeto al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la misma.

En los supuestos de necesidad de motivación por tratarse de actos discrecionales, la motivación es precisamente lo que nos permite distinguir entre discrecionalidad y arbitrariedad (STS 18-2-1978 y de 29-9-1988, entre otras).

Dado que, y como se ha visto, la productividad implica cierta discrecionalidad en su atribución debiera estar motivada, y con mayor razón cuando se aparte de criterios precedentes. En problema radica en el contenido de la motivación. En tal sentido, es oportuno traer a colación la STS 20 de enero de 2998 (RJ 1418/1998), y , entre otras, la STSJ de Asturias 6/2001 de 14 de marzo donde se dice: "*Que la exigencia del de motivación de los actos administrativos se entiende satisfecha siempre que resulte suficientemente indicativa, de tal manera que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione, o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que puede ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión planteada*".

Consecuencias de la falta de motivación: la falta de motivación y la falta de motivación suficiente constituyen un **defecto de forma** que habrá de apreciarse en función de la relevancia efectiva que su ausencia haya tenido para el interesado. Por tanto hay que estar a lo que dispone el art.63.2 de la Ley 30/92 "*No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados*".

El efecto de la anulación por falta de motivación o por motivación insuficiente no es otro que el la retroacción de actuaciones (STSJ Canarias de 20 de junio de 1997).

Por otro lado, ya desde un punto de vista procesal, la falta de motivación debe ser alegada, puesto que si no se alega la indefensión se entiende no producida, o renunciada, con la consecuencia de que no puede apreciarse de oficio el vicio de anulabilidad por defecto de motivación basado en la indefensión. Lo contrario ocurre con los supuestos de nulidad absoluta o de pleno derecho, que son apreciables de oficio, sin necesidad de ser alegados ante el Juzgado o Tribunal.

4.-PRODUCTIVIDAD Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA:

Este es un tema en que hay que distinguir entre la AGE, las CCAA y las EELL.

a) **AGE:** arts.30 a 38 de la Ley 9/87; Convenios 151 y 154 de la OIT. Dispone el art. 32 de la Ley 9/87 que serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada AP las materias siguientes:

- 1) El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las AAPP que proceda incluir en el Proyecto de presupuestos Generales del Estado de cada año, sí como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local.
- 2) La determinación y aplicación de las retribuciones de los Funcionarios públicos.
- 3) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo... a las retribuciones y cuya regulación exija norma con rango de ley.

Por tanto, queda claro que: el incremento y determinación de la cuantía global en materia de productividad, la determinación en cada uno de los Organismos, Entidades y Entes públicos, y la aplicación de los criterios establecidos han de ser objeto de negociación. Ello no obstante, no hay que olvidar la cláusula del art. 37.2 de la Ley 9/87 que faculta al Gobierno y órganos competentes de las CCAA y EELL para determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios en caso de no llegar a un acuerdo por la vía negociadora.

En cuanto a los ámbitos negociadores, hay que estar a lo que dispone el art.31 de la Ley 9/87: Mesa General en el ámbito de AGE, CCAA y EELL; Mesas sectoriales para el personal docente. Correos, Instituciones Sanitarias, Justicia, Universidades, SS, teniendo en cuenta que la competencia de estas mesas sectoriales se extenderá a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General.

Hay que hacer especial hincapié en que la no negociación del complemento de productividad en los ámbitos correspondientes constituye una infracción del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, pero no del derecho a la libertad sindical. Ello es así, fundamentalmente, en razón de la doctrina del TC, que viene expresada en la STC 57/82 de 27 de julio de 1982; en la que dice: *"Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias"*. Asimismo, idénticas razones se dan en la STC 98/85 de 9 de julio. En este sentido la propia LOLS distingue entre la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo en las AAPP a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación .

En definitiva, la negociación colectiva de los funcionarios es un derecho de configuración legal y no forma parte del contenido esencial de su libertad sindical, cosa que sí ocurre con los trabajadores. Consecuencia de ello es que la infracción del derecho de negociación colectiva en el tema de la productividad no podrá encauzarse procesalmente por el procedimiento especial de tutela de los derechos fundamentales de los arts. 114-122 LJCA, sino por el proceso ordinario (arts.43-113 LJCA) o , en su caso, el abreviado (art.78 LJCA).

Para terminar con esta cuestión, el TS ha recogido esta doctrina, entre otras en la STS de 14 de julio de 1994 (Sección 7ª, Sala 3ª) cuyo fundamento de derecho séptimo dice *"Uno de los aspectos diferenciables del tratamiento del régimen del derecho de libertad sindical de los funcionarios es precisamente el de la negociación colectiva, que no se atribuye a los sindicatos de funcionarios en los mismos términos en que se atribuye a los trabajadores, siendo al respecto significativo el contenido de los arts.2º 2d) y 6º 3 b) y c) de la*

LOLS ... No puede así sostenerse la tesis de que de la LOLS se infiera que los sindicatos de funcionarios deban tener como parte del contenido esencial de su derecho fundamental de libertad sindical el de negociación colectivo, pues es lo cierto que ese derecho no les está directamente atribuido por la LOLS, a diferencia de lo que ocurre respecto a la negociación colectiva en el ámbito empresarial, dependiendo de lo que al respecto se establezca en la normativa ulterior.

- b) **CCAA:** Art.106 del Decret 1/97: reconoce el derecho a la consulta y negociación de los funcionarios de la Generalitat de Catalunya en relación con las condiciones de trabajo. Dado que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos forma parte del estatuto de los funcionarios públicos, las previsiones de la ley 9/87 son de aplicación a los funcionarios de la Generalitat en tanto que constituyen bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas (art149.1.18 CE). Por tanto, lo dicho respecto de la AGE es de aplicación a las CCAA.
- c) **EELL:** El art.226 del Decret 214/90 declara de aplicación a la negociación colectiva del personal funcionario al servicio de las EELL lo previsto en la ley 9/87. Sin embargo hay que reseñar, en cuanto a la productividad las siguientes particularidades que constituyen límites a la negociación: el art.175 del Decret 214/90 establece :*"Los créditos destinados a complemento específico, complemento de productividad gratificaciones y, si procede, complementos personales transitorios, serán los que resulten de restar a la masa retributiva global presupuestada para cada ejercicio económico, excluida la referida al personal laboral, la suma de las cantidades que al personal funcionario le correspondan por los conceptos de retribuciones básicas, ayuda familiar y complemento de destino. La cantidad resultante, de acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior se destinará:*
- a) Hasta un máximo del 75% para el C. específico, en cualquiera de sus modalidades*
 - b) Hasta un máximo del 30% para el complemento de productividad.*
 - c) Hasta un máximo del 10% para gratificaciones.*

En consecuencia, lo negociable en esta materia habrá de acotarse al 30 % de las cantidades citadas.



5.- PRODUCTIVIDAD Y DERECHO A LA INFORMACIÓN:

Dada la finalidad "incentivadora" de la productividad, la Ley arbitra una serie de medidas para su publicidad y conocimiento por el resto de funcionarios. Así

AGE:

Art.9 .1 4 d) Ley 9/87 : *"Las Juntas de Personal y los Delegados de personal, en su caso, tendrán las siguientes facultades, en sus respectivos ámbitos: Tener conocimiento y ser oídos respecto de las cantidades que perciba cada funcionario por complemento de productividad.*

Art.23.3c) Ley 30/84 *"En todo caso, las cantidades que perciba cada funcionario por este concepto serán de conocimiento público de los demás funcionarios del Departamento u Organismo interesado así como de los representantes sindicales".*

CCAA:

Art.103.1 c) Decret 1/97

EELL:

Art.172.3 del Decret 214/90

En el caso de las CCAA y EELL prescindimos de exponer los preceptos citados puesto que son coincidentes con los previstos para la AGE.

Así las cosas lo primero que hay que plantearse es qué ocurre cuando se omite el citado trámite consistente en "Tener conocimiento y ser oídos", que tienen las Juntas de Personal y los Delegados de personal, en su caso. La infracción de estos trámites ha determinado la nulidad de los actos de la Administración en reiteradas ocasiones. Así por ejemplo STSJ Baleares de 20 de febrero de 1996 que dice: ***" La omisión del repetido trámite, por tanto, acarrea la ineficacia del nuevo régimen horario, por muy acertado y justificado que sea, pues no se niega ni discute aquí la potestad organizativa del servicio que es patrimonio de la Administración Sanitaria, sino que se trata de que la actúe con sometimiento a las normas jurídicas que regulan su ejercicio y sin lesionar el derecho de los representantes del personal a tener en el proceso de toma de decisiones la intervención que la Ley les atribuye. Como dice la Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 10 noviembre 1994 (RCL 9040/1994) refiriéndose al antes citado art. 34.2 de la Ley 9/1987, la forma imperativa que el precepto utiliza para la modalidad de consulta, no obstante su menor intensidad participativa en relación con la negociación, «mantiene inalterable su condición de requisito esencial para la correcta elaboración de la***



decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, tratándose de un requisito no susceptible de subsanación "a posteriori"».

Como se ve, en esta Sentencia se modificó, en ejercicio de la potestad autoorganizadora de la Administración el régimen de horario, y se decreto su ineficacia por incumplimiento del trámite preceptivo de consulta previsto en el art.34.2 de la Ley 9/87 y que se prevé, respecto de las Juntas y Delegados de Personal en el art. 9 de la Ley 9/87.

En cuanto a los Delegados LOLS, el art. 23.3.c) de la Ley 30/84, les confiere el derecho a tener conocimiento de las cantidades que perciba cada funcionario en concepto de productividad. No obstante, a tenor de lart.10.3 de la LOLS, cuando no formen parte de la Junta de personal o Delegados de personal , y del art.7.2 cuando formen parte de tales órganos de representación, tienen los mismos derechos que los miembros de las Juntas de Personal o Delegados de personal en el tema de la productividad.