

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EMPLEO PÚBLICO: CUESTIONES DE INTERÉS

Carlos L. Alfonso Mellado

Catedrático de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universitat de València

1. Los principios generales en materia de negociación colectiva	2
2. La obligatoriedad de la negociación	5
3. La negociación conjunta para todos los empleados públicos	6
4. La eficacia de lo negociado y la posibilidad de suspender su aplicación.....	10
5. El contenido de la negociación colectiva funcionarial	18
6. Duración y prórroga de los Pactos y Acuerdos.....	24
7. La negociación colectiva del personal laboral.....	24
8. Solución extrajudicial de conflictos.....	25

La negociación colectiva en el empleo público presenta notables cuestiones de interés, algunas de las cuales han cobrado mayor importancia en los últimos tiempos, especialmente las relativas a la inaplicación, suspensión o modificaciones de las condiciones negociadas.

En la presente aproximación pretendo pasar revista a las más relevantes.

En todo caso lo primero que debe destacarse es que en el empleo público coexisten dos sistemas de negociación colectiva; uno es el que se aplica al personal funcionario que viene regulado en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) y que en buena medida se aplica también a la negociación conjunta para personal funcionario y laboral. Otro, es el que se aplica al personal laboral de las Administraciones Públicas, que está regulado en el Estatuto de los Trabajadores (ET) y en algún aspecto concreto, como se verá, en el EBEP. Aún cabría aludir al sistema de negociación colectiva laboral en sentido estricto, con aplicación plena del Estatuto de los Trabajadores que se aplica al personal de todas las entidades y sociedades que forman parte del sector público pero que no son en sentido estricto Administración Pública, rigiéndose incluso en sus relaciones por normas de derecho privado.

De estos sistemas el más específico y menos conocido es el que rige para los funcionarios y a él me dedicaré especialmente en cuanto sigue, sin perjuicio de que en algún momento aluda también a la negociación colectiva para el personal laboral, especialmente en aquello que puede ser más específico o diferente frente a la negociación colectiva en entidades privadas.

Cuanto sigue, pues, salvo que se especifique lo contrario se aplica a la negociación colectiva funcional.

1. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La negociación colectiva de los funcionarios públicos (en realidad podría decirse que la de todos los empleados públicos) se sujeta a los principios previstos en el propio EBEP, concretamente (EBEP art. 33.1) los de: legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia.

Pero a ellos se añaden unas grandes opciones que esencialmente serían las siguientes:

1ª) La negociación en Mesas de un cierto carácter estable.

2ª) Se configuran los ámbitos de negociación. En efecto, frente a la libertad de ámbitos característica de la negociación laboral, el EBEP opta por determinar de forma más rígida los ámbitos de negociación, estableciendo unas Mesas que necesariamente existirán; incluso en la actualidad se crean necesariamente Mesas de negociación conjuntas de laborales y funcionarios¹. En todo caso se introducen ciertos elementos flexibilizadores.

El primero, ya conocido, es la admisión de las Mesas Sectoriales, incluso remitiendo a la propia negociación colectiva su creación y la determinación de las que existan y sus competencias. El Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, establece en principio y con carácter transitorio y sin perjuicio de que la Mesa General correspondiente acuerde la creación de otras, que en el ámbito de la Mesa General Interadministraciones existirán las siguientes Mesas Sectoriales Estatales: Educación, Sanidad, Justicia, Universidades.

A su vez, en el ámbito de la AGE, se suscribió el 20 de mayo de 2008, un Acuerdo en la Mesa General Conjunta de Negociación de la AGE sobre ordenación de la negociación en la misma que fue publicado en el BOE de 6 de junio y que, además de establecer diversas comisiones técnicas, establecía Mesas Delegadas (equivalentes a lo que serían las Sectoriales) bien en ámbitos departamentales, bien en organismos y entidades públicas, estableciendo el proceso para crear las mismas y disponiendo que al menos se constituían las siguientes: Instituciones Penitenciarias, Dirección General de Tráfico (las dos en ámbito departamental) y Agencia Estatal de Administración Tributaria, INGESA, Entidades Gestoras de la Seguridad Social (las tres en el ámbito de organismos y entidades públicas). En el citado Acuerdo se establecía que estas Mesas Delegadas podían negociar en sus ámbitos respectivos las siguientes materias: aplicación de las retribuciones y sistemas de clasificación de puestos y demás elementos de ordenación de recursos humanos, aplicación de los horarios, calendarios, jornadas, vacaciones, permisos, etc. (sin duda en referencia a las cuestiones relativas a la aplicación y distribución del tiempo de trabajo), aplicación de las medidas de seguridad y salud laboral, formación y promoción profesional, acción social, provisión de puestos de trabajo, las que desarrollen o afecten a la progresión profesional, las cuestiones propias de su ámbito y aquellas que les encomiende expresamente la Mesa General o no hayan sido objeto de decisión por ésta. Además este Acuerdo fija las reglas de coordinación entre los distintos ámbitos (primacía, complementariedad y competencia), que en resumen conducen a que sea imposible modificar en las

¹ La Ley de Régimen de la Función Pública de Catalunya, Texto único aprobado por Decreto-Legislativo 1/1997, de 31 de octubre, anterior al EBEP está obviamente desfasada y en su art. 107 se remite en esa materia a lo que dispongan las leyes, aludiendo simplemente a una Mesa General para la negociación del personal funcionario y estatutario y a las Mesas sectoriales que la misma pueda establecer.

Mesas Sectoriales lo pactado en la Mesa General, ratificando así que es ésta la que tiene la primacía negocial².

El segundo, más novedoso, es la posibilidad de negociación en el ámbito supramunicipal y en general la posibilidad de adhesión a negociaciones en ámbitos superiores.

La negociación en el ámbito supramunicipal en realidad no se ha utilizado prácticamente y la adhesión ha funcionado, sobre todo, para que entidades que tienen funcionamiento autónomo dentro de una misma Administración se adhieran al acuerdo de condiciones de trabajo fijado en la Administración de la que dependen, sobre todo de los acuerdos conjuntos para los empleados públicos (laborales y funcionarios); en Catalunya el caso de Barcelona es un buen ejemplo de numerosos acuerdos de adhesión al Acuerdo regulador del Ayuntamiento.

En todo caso, es bueno señalar que el EBEP es una norma básica y, por tanto, no agota la regulación en la materia, pudiendo desarrollarse la estructura de mesas de negociación en acuerdos al respecto – como se ha visto – y en las leyes autonómicas que desarrollen el propio EBEP.

Incluso esa consideración ha permitido entender que, a falta de desarrollo posterior, subsisten las Mesas no previstas en el mismo pero que existían con anterioridad³, o admitir Mesas no previstas expresamente en el EBEP pero que pueden crear voluntariamente las Administraciones, como las Universidades⁴

3ª) La sindicalización de la negociación, excluyendo la legitimación negocial de las representaciones unitarias (Juntas y Delegados de personal), en solución que se extiende a la negociación conjunta de personal laboral y funcionario, para la que no se legitima a los Comités de Empresa y Delegados de personal del ámbito laboral, solución absolutamente constitucional, en cuanto que dichas representaciones son de origen legal⁵, y por tanto corresponde a la norma legal fijar sus competencias.

Lógicamente también se excluye la legitimación negocial de los representantes elegidos en candidaturas no sindicalizadas, como grupos de no afiliados y similares.

4ª) La negociación sigue siendo obligatoria para la Administración, en atención a sus competencias y en las respectivas Mesas que procedan, en relación con el personal funcionario y las materias que se enumeran en el artículo 37.1 del EBEP, cuestión sobre la que volveré.

5ª) El EBEP contiene algunas reglas precisas sobre el procedimiento de constitución y actuación de las Mesas de Negociación, reglas que serán aplicables a las Mesas de funcionarios y a las conjuntas.

Estas reglas señalan que las Mesas quedarán válidamente constituidas, sin perjuicio del derecho de presencia proporcional de todas las organizaciones legitimadas (a las que habrá que dar necesariamente la posibilidad de participar), si están efectivamente presentes la Administración que negocia de una parte, y de la otra, las organizaciones sindicales que representan, en su conjunto y como mínimo, la mayoría de los miembros integrantes de los órganos unitarios de representación existentes en el ámbito afectado por el convenio (EBEP art. 35).

Claro es, si no se puede cumplir éste requisito, la negociación colectiva en los términos del EBEP no es posible, quedando únicamente abierta la vía de contactos informales entre las partes que pueden

² Este Acuerdo fue objeto de impugnación especialmente en cuanto a la composición de las Mesas delegadas en aquellos casos en los que no se correspondía la Mesa con una unidad electoral específica y diferenciada, en cuyo caso la delegada reproducía la composición de la Mesa General, opción que fue declarada plenamente legal en STS 21-6-13, Rec. 1227/10.

³ Como se ha resuelto, por ejemplo, en relación con Mesas sectoriales, en STS 3-11-11, Rec. 5199/09, RJ 1839 (2012).

⁴ STSJ (Social) Extremadura 29-11-07, Proc. 7/07, AS 630 (2008), aunque con el discutible argumento de que en todo caso el convenio para los laborales tendría eficacia de extraestatutario, lo que no parece lógico.

⁵ SSTC 37/1983, 118/1983, 98/1985 y 95/1996, entre otras

llevar, pese a todo, a que la Administración acabe aceptando los resultados de esa negociación informal, aunque éstos se expresarán, no bajo la forma de Pactos o Acuerdos, sino bajo la forma de normas reglamentarias de la propia Administración (o en su caso de proyectos de ley), sin perjuicio del consenso social que se haya producido en torno a las mismas.

Las Mesas de negociación reguladas en el EBEP tienen, como se dijo, un cierto carácter permanente; una vez constituidas sólo se revisa su composición cada dos años a partir de la fecha inicial de su constitución.

La revisión será instada por la organización interesada y se producirá, lógicamente, cuando se haya producido un cambio en la representatividad que lleve a dar entrada a nuevas organizaciones, hacer salir de la Mesa a alguna otra que estaba en ella y ha perdido ese derecho, o a replantear el número de miembros que corresponden a las organizaciones presentes en la Mesa.

Por supuesto, si no se pide la revisión, la Mesa se mantendrá con la misma composición.

Todas estas decisiones se adoptarán conforme a las certificaciones que expida la oficina pública de registro de las actas electorales y, como es claro, la exclusión de una organización legitimada, la inclusión de una no legitimada o la concesión de una menor o mayor representación otorgada a cualquier organización, pueden ser objeto de impugnación judicial.

En todo caso la revisión de representatividad se produce exclusivamente en atención a los resultados electorales, por lo que sólo si se han producido nuevos procesos de elecciones puede revisarse la misma. Por el contrario, incidencias como la incorporación de nuevos empleados como consecuencia de un proceso de transferencias y la consiguiente alteración en la representatividad que ello puede ocasionar, no alteran la composición de la Mesa, que permanecerá invariable, pese a ello, hasta la celebración de nuevas elecciones⁶.

Otras cuestiones se dejan al desarrollo reglamentario, como el número de miembros de las Mesas, aunque se fija un máximo de 15 por cada una de las dos representaciones (EBEP art. 35.4)

El EBEP prevé además la posibilidad de que las Administraciones Públicas encarguen los procedimientos de negociación a órganos creados por ellas de carácter técnico (art. 33.2), lo que no alterará, en su caso, las exigencias de ratificación en relación con los Acuerdos a la que se hará mención.

También se prevé que las partes representadas en la Mesa utilicen asesores con voz pero sin voto. No parece que una parte pueda objetar este derecho de la otra, siempre que se utilice en términos no abusivos y no impida la operatividad de la negociación o se pretenda un uso desviado de la misma que intente, por ejemplo, introducir en la Mesa, siquiera con voz, a organizaciones no legitimadas para estar presentes en la misma.

Se establece, a falta de acuerdo al respecto, un plazo máximo de un mes, desde que se promovió la negociación por la mayoría de una de las partes legitimadas, para el inicio de las negociaciones (EBEP art. 34.6).

La excepción a ese plazo es la existencia de causas legales o pactadas que impidan la negociación. Esencialmente hay que tener en cuenta al respecto las reglas sobre duración y prórroga de los Pactos y Acuerdos. Parece lógico que si está vigente un Acuerdo, bien por hallarse en su duración inicial o por estar prorrogado en los términos que se dirá, una parte puede negarse a renegociar el mismo hasta que no finalice su vigencia inicial o prorrogada.

6ª) Por otro lado, el EBEP establece unas reglas generales de comportamiento negocial. Así, se introduce una referencia expresa a la obligación de negociar de buena fe y a la de proporcionarse la información que se precise (arts. 33.1 y 34.7).

⁶ Tal como se establece en STS 19-4-07, Rec. 2498/03, RJ 5744

Como sucede habitualmente en esta materia, no se prevé lo que ocurre si esas obligaciones se incumplen, ni está claro cómo se puede exigir que las mismas se respeten y ni siquiera existe una definición segura de lo que implica negociar de buena fe.

Posiblemente sea más fácil exigir la entrega de una documentación, lo que podría hacerse incluso judicialmente, pero las exigencias de negociar de buena fe aparecen como algo más difuso, aunque alguna consecuencia puede extraerse de esa regla y tampoco debe descartarse que quepa una condena a negociar con buena fe, si bien no es fácil determinar cómo se ejecutaría esa sentencia, ni estén claras las concretas obligaciones que implica la buena fe que, en su caso, pueden reconducirse a cuanto luego se dirá acerca de la obligatoriedad de la negociación y la exigencia de que allí donde sea obligatoria se produzca una auténtica negociación y no un mero formalismo.

7ª) Aunque el EBEP no contempla expresamente la cuestión, parece evidente que los acuerdos se adoptan por mayoría de cada una de las dos representaciones presentes (la de los representantes de la Administración y la de los representantes sindicales), debiendo aplicarse, muy posiblemente y a falta de desarrollo reglamentario que otra cosa dijese, las soluciones utilizadas en el ámbito laboral, optando por el voto personal de cada uno de los miembros presentes en la Mesa, en su caso proporcional a su representación, sin perjuicio del derecho posterior de ratificación de los Acuerdos por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. En atención a esto es aconsejable un número impar de componentes en cada representación para evitar que se produzcan empates si la composición de la mesa refleja exactamente la proporcionalidad representativa; debe tenerse en cuenta que de darse un empate entre los miembros de una representación no habría acuerdo al faltar la mayoría en una de las dos partes negociadoras.

2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN

Una característica de la negociación colectiva en el ámbito de la función pública es que la misma, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito privado, tiene un carácter obligatorio (art. 33.1 EBEP), lo que permite hablar de que despliega una eficacia negativa o excluyente, en cuanto permite la nulidad de cualquier decisión o acto administrativo que, debiendo haberse sujetado a negociación, se apruebe omitiendo ese proceso de negociación.

Se puede, pues, diferenciar claramente entre la eficacia jurídica de la obligación de negociar, de la que deriva este efecto al que me refiero, de la eficacia jurídica de lo negociado, del texto acordado.

La jurisprudencia es clara al respecto de la obligatoriedad de la negociación para la Administración Pública en las materias contempladas como objeto de dicha negociación⁷ y además insiste, con pleno acierto y confirmando que la negociación es algo más que la consulta, en que el trámite de negociación no podía sustituirse por el mero trámite de consulta a que antes aludía la LORAP⁸, sin que tampoco pueda admitirse como suficiente la consulta con muchos o todos los directamente afectados pero no con las organizaciones sindicales legitimadas, privándoles así de hacer observaciones, sugerencias y cuanto en definitiva es propio de un proceso de negociación⁹.

⁷ STS 8-11-13, Rec. 3105/12; STS 18-7-10, Rec. 3157/09 y otras muchas como, por ejemplo, STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972; STS 4-2-04, Rec. 3686/01, RJ 886; STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444; SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281; STSJ Comunidad Valenciana 7-2-14, Rec. 1278/11, JUR 122604; STSJ Castilla-La Mancha 27-1-14, Rec. 432/12, RJCA 291; STSJ País Vasco 3-12-13, Rec. 1351/11, JUR 143398 (2014); STSJ Valladolid 24-10-13, Rec. 426/12, JUR 349246 (2013); STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/09 y 24-7-03, Rec. 1792/00, JUR 241866; STSJ Burgos 8-3-02, Rec. 13/02, JUR 89762; STSJ Madrid 22-2-03, Rec. 410/00, RJCA 262/04; STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986, JUR 206968, 7-3-04, Rec. 148/02, JUR 22669 y 18-3-04, Rec. 208/02, JUR 22730; STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825, entre otras muchas.

⁸ STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444.

⁹ STS 4-2-04, Rec. 3686, RJ 886.

Por otro lado, la obligación de negociación no queda enervada por la autonomía reconocida a determinadas Administraciones, autonomía que conduce ciertamente a una potestad autoorganizativa que debe compaginarse con el respeto al marco legal establecido en materia de negociación colectiva¹⁰.

Finalmente cabe decir que, como es lógico, cada Administración está obligada a negociar en relación con el ámbito competencial que le es propio, no pudiendo negociar aquellas cuestiones cuya regulación corresponde a otra Administración distinta.

Es más, como la negociación es obligada y, como ya se dijo, sólo se admite como tal cuando se realiza por los cauces legales, en estos casos sólo se admite como válida la desarrollada en la Mesa correspondiente y debe hacerse con carácter previo y suficiente antelación a la adopción de cualquier disposición cuyo contenido deba someterse a negociación, sin que se entienda cumplimentada la obligación por una negociación en un ámbito distinto a la Mesa¹¹, o realizada “a posteriori” o con una antelación tan escasa que la impida en la práctica y la convierta en algo meramente formal y sin sentido real¹². Tampoco se considera cumplido el trámite con una mera notificación o comunicación de la posición de la Administración¹³.

La falta de negociación es un defecto insubsanable que conduce a la invalidez radical, a la nulidad de las actuaciones que omitan sujetarse a la misma¹⁴.

En definitiva, la negociación en las Administraciones Públicas tiene un cierto carácter obligatorio para las mismas que no pueden obviar ni directamente, omitiendo la negociación, ni indirectamente, pretendiendo alterar los cauces de negociación legalmente establecidos o asumiendo la negociación de materias que no son de su competencia.

Toda la doctrina anterior es clara, pero deja la duda – que no afecta a la Administración Local - de lo que ocurre en la negociación prelegislativa, pues ¿qué ocurre si el órgano de gobierno no negocia previamente un proyecto de ley que debía haber negociado, lo remite al parlamento correspondiente y éste lo aprueba?

No hay respuestas claras para la cuestión y este es uno de los principales problemas en ese tipo de negociación: ¿Es inconstitucional la ley por vulnerar el derecho de negociación colectiva? ¿Puede entenderse sanada la omisión del trámite por la posterior aprobación parlamentaria? ¿Se puede exigir algún tipo de responsabilidad al órgano de gobierno respectivo?

3. LA NEGOCIACIÓN CONJUNTA PARA TODOS LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

La Mesa General de negociación Interadministraciones implica un ámbito conjunto de negociación para todos los empleados de las Administraciones Públicas; pues bien, esa solución se generaliza y se produce la consolidación de ese ámbito conjunto, lo que se concreta en la previsión de Mesas Generales conjuntas en las distintas Administraciones (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

En este ámbito se podrán negociar las materias comunes a todo ese personal (EBEP art. 36.3).

¹⁰ Por ejemplo, STS 8-11-13, Rec. 3105/12; STS 19-7-10, Rec. 3157/09; STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972, etc.

¹¹ STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986/03, JUR 206968.

¹² STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.

¹³ SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281.

¹⁴ STS 2-7-08, Rec. 1573/04, RJ 6725; SSTSJ Valladolid 24-10-13, Rec. 426/12, JUR 349246; Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825 y STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/09, entre otras muchas como la mayor parte de las ya citadas anteriormente.

Es importante matizar el contenido de lo negociable en esta Mesa, sobre todo si queda fuera de la negociación un sindicato que en alguno de los respectivos ámbitos estaría legitimado para negociar al superar el 10% de representatividad, pero que no la alcanza en conjunto ni está en la Mesa General de Negociación Conjunta de todas las Administraciones, por lo que tampoco está en la Mesa conjunta en el ámbito respectivo, algo que, como se verá, puede suceder.

El EBEP alude a aquellas “materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral”.

Podría pensarse que ello sólo afecta, pues, a algunas cuestiones muy concretas en las que la regulación es prácticamente conjunta o coincidente como, por ejemplo, los temas de seguridad y salud laboral.

En este sentido parece claro que existe un núcleo esencial de materias que en el EBEP tienen una regulación general para todos los empleados públicos y que, por tanto, constituyen el ámbito objetivo natural de negociación en estas Mesas.

Dicho núcleo esencial comprendería el incremento de retribuciones en el ámbito respectivo, la seguridad y salud laboral, aspectos relativos a la formación continua y las cuestiones generales – no sus aspectos concretos, excluidos de la obligatoriedad de negociación - más vinculadas a la gestión de recursos humanos: planificación de estos recursos humanos, sistemas de clasificación, evaluación del desempeño y ofertas de empleo público y acceso al mismo.

Parece que en estas materias cabe, en general, una negociación conjunta, pero la misma no debe restringirse exclusivamente a esas únicas cuestiones.

Aunque las regulaciones legales de origen no sean exactamente coincidentes, en la medida en que ambas sean susceptibles de negociación, nada impide que se negocien en conjunto. Claro es, el resultado deberá respetar, en su caso, los mínimos fijados en cada regulación diferenciada, pero siempre que lo haga cabrá que una materia, que en origen contaba con regulación normativa diferente, quede regulada negocialmente de forma conjunta.

La negociación conjunta se puede extender así, sin dificultades, a prácticamente la totalidad de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo: retribuciones complementarias, tiempo de trabajo, conciliación de la vida familiar y laboral, sistemas complementarios de protección social, etc.

Parece que hay que partir de la posibilidad general de negociación conjunta y que sólo más excepcionalmente y en algún aspecto concreto puede quedar vedada la misma¹⁵.

Es más, incluso pueden existir temas en los que quepa la negociación conjunta pero luego sea difícil llegar a una solución absolutamente unitaria. Tampoco en este caso es imposible la negociación conjunta. Nada impide que el resultado de esa negociación contenga peculiaridades para determinados colectivos o incluso aspectos de regulación específica para los funcionarios o laborales; es decir, la negociación conjunta se plasmará normalmente en una regulación idéntica para todos los colectivos específicos, pero no es imprescindible que ello se produzca en todas y cada una de las materias negociadas.

Incluso los acuerdos sobre la estructura negocial, posibles conforme al artículo 38.8 del EBEP, pueden articular también esta negociación conjunta, determinando, por ejemplo, en el ámbito de cada Administración los aspectos de una materia que se negociarán en conjunto y los matices específicos que deberán quedar para la negociación diferenciada en cada uno de los colectivos específicos.

¹⁵ Este parece ser el criterio de STS 3-1-13, Rec. 165/11, RJ 1726, que considera además que al someterse el acuerdo a la negociación luego en las mesas separadas de funcionarios y laborales, ello salvaría cualquier aspecto que en sentido muy estricto pudiera considerarse como no común.

Desde luego, la afirmación de que en alguna materia los derechos de alguno de los colectivos serán los reconocidos en la normativa funcionarial o en la laboral, no excluye por sí sola la posibilidad de negociación conjunta. Es cierto que en algún caso esa afirmación puede interpretarse en clave de imperatividad absoluta de lo regulado en la norma legal, en cuyo caso, no es que sería imposible la negociación conjunta, es que sería imposible cualquier negociación, pero en general esas afirmaciones lo que hacen es remitirse a una regulación de partida diferenciada, lo que no impide que, si la misma es susceptible de negociación – por ser norma dispositiva o por ser norma mínima –, se produzca una negociación conjunta.

No parece que pueda trazarse apriorísticamente un listado cerrado de materias negociables o no negociables en conjunto que tenga validez absoluta; esos listados, en todo caso, nos pueden revelar aquellas materias que son negociables en conjunto sin dificultad (por ejemplo ciertas cuestiones sindicales, de seguridad y salud laborales, etc.) y aquellas otras que, por el contrario, puede ser más difícil, aunque en la mayor parte de los casos no imposible, negociar en conjunto (como por ejemplo los complementos retributivos). Es claro, pese a todo, que en algún caso cabe identificar algunos aspectos innegociables en conjunto como, por citar un ejemplo bastante evidente, los relativos a la contratación laboral a los que se refiere el artículo 15 ET (duración del contrato eventual, identificación de trabajos susceptibles de ser atendidos con el contrato por obra, encadenamiento de contratos, orden de llamamiento de fijos discontinuos, etc.), pero esto es la excepción.

En todo caso, que una materia sea susceptible de negociación conjunta no quiere decir que efectivamente ésta se produzca y se obtenga un resultado positivo; conviene matizar al respecto que, aunque la negociación conjunta sea posible en la mayor parte de las materias, ello no obliga necesariamente a que la misma se produzca, correspondiendo a los acuerdos de articulación negocial – a los que se hizo referencia – o, en su defecto, al acuerdo de las partes en la propia Mesa determinar las materias que son objeto de regulación conjunta y aquellas otras que quedan para la negociación en las Mesas diferenciadas, entre las que se encontrarán, sin duda, todas las materias en las que no exista consenso para abordarlas en conjunto o, incluso, en las que no haya existido acuerdo en la Mesa conjunta, lo que no impide que se produzca acuerdo sólo para uno de los dos colectivos afectados, en atención, por ejemplo, a una situación de partida diferente.

Prescindiendo de la posible existencia de una Mesa general en la Comunidad Autónoma cuya regulación se atenderá, en su caso, a lo que en ese ámbito se establezca, en las Mesas a las que se refiere el EBEP la legitimación se regula expresamente.

La representación de la Administración es clara; corresponde a aquella Administración en cuyo ámbito se produce la negociación y lógicamente ella designa a todos los representantes.

En cuanto a la legitimación del lado social, rigen las reglas generales remitidas al ámbito correspondiente, negociando, pues, las organizaciones más representativas en el ámbito estatal y, en su caso (LOLS art. 7), también las más representativas en el ámbito de una Comunidad Autónoma y las suficientemente representativas (representatividad del 10% en el conjunto del empleo público en el ámbito afectado).

No se altera esta conclusión por la mención, en el artículo 36 EBEP, a que se aplicarán las reglas anteriores tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación.

Esa mención es de plena aplicación sólo en dos aspectos:

1º) Para determinar que las organizaciones que entran a negociar por acreditar el 10% de representatividad, deben serlo por acreditar dicho porcentaje específicamente en el ámbito afectado por esta negociación, por lo que las que entraron por esa circunstancia en la Mesa general antes citada, no siendo en consecuencia organizaciones sindicales más representativas, no irradian su representación en los ámbitos concretos, salvo que concurra la circunstancia que luego se dirá, y

29) Para distribuir los puestos en la Mesa entre las organizaciones sindicales con derecho de presencia en la misma; distribución que se producirá según la representatividad que alcance cada organización en el ámbito concreto afectado por la negociación.

En estas Mesas, además, aquellas organizaciones sindicales presentes en la Mesa general de todas las Administraciones que, aun no alcanzando el porcentaje del 10% en conjunto en el ámbito concreto, sí que hayan alcanzado al menos el 10% en uno sólo de los colectivos (funcionarios o laborales) en el ámbito al que se refiera la mesa (estatal, autonómico, local), también tienen derecho a estar presentes en la misma.

Otras organizaciones que puedan haber alcanzado el 10% pero solamente en un colectivo y no estén presentes en aquella Mesa general, quedan fuera de estas Mesas conjuntas, lo que plantea dudas sobre la constitucionalidad de la solución, porque puede darse el caso de que una organización con la misma o incluso mayor representatividad que otra en el ámbito concreto quede fuera, mientras que esa otra pueda participar en la Mesa, pese a su menor representatividad.

En todo caso, salvo declaración de inconstitucionalidad de la norma legal, que tampoco parece fácil, no cabe otra interpretación, lo que puede dejar fuera de esta negociación en ciertos ámbitos a sindicatos de profesión (bomberos, policía local, sanitarios).

Lo que sí es claro es que en modo alguno está prevista la presencia en estas Mesas de los Comités de empresa, Juntas de personal o Delegados de personal.

Las Juntas y Delegados de personal no tienen legitimación negociadora. Los Comités de empresa sí pueden tenerla en el ámbito laboral, que reconoce una legitimación dual que parece criticable y disfuncional y que en este caso el EBEP excluye, legitimando exclusivamente a las opciones sindicales, sindicalizando la negociación como se avanzó, opción absolutamente legal y constitucional, tal como ya se razonó.

En cuanto a las candidaturas de no afiliados y coaliciones sindicales queda excluida la legitimación de las primeras y sujeta la segunda a que la coalición se hubiese formalizado antes de las elecciones, se hubiese concurrido a las mismas como tal coalición y a que ésta alcanzase por sí una representatividad en los términos exigidos (10%).

Por otro lado, los puestos en la Mesa se deben repartir proporcionalmente en atención a los representantes que acredite cada organización sindical en los términos antes citados. Por lo tanto, como ya se dijo, se miden en atención a la representatividad en el empleo público.

En todo caso los acuerdos entre los afectados o las normas de desarrollo reglamentario previstas en el artículo 35.4 del EBEP pueden clarificar la cuestión, pero la regla legal parece clara y su aplicación concreta, a falta de normas de desarrollo o acuerdo de los interesados y tal y como se ha resuelto en el ámbito laboral¹⁶, sería como a continuación se expone.

Se toman todos los representantes obtenidos en cada uno de los ámbitos, se suman y todos aquellos que alcancen el 10% de los mismos estarán en la mesa y con tantos puestos como les conceda su representatividad (por ejemplo 30 sobre 300, el 10%, 60 sobre 300 el 20%, etc.), matizada, en todo caso, por la obligación de presencia de las organizaciones sindicales más representativas y todos los sindicatos legitimados, por lo que puede ser que el ajuste no sea exacto sino aproximado.

Además, entran en el reparto de puestos en la mesa, aquellas organizaciones sindicales que, como ya se dijo, están en la Mesa General Conjunta de todas las Administraciones y tienen en el ámbito concreto del que se trate un 10% de representatividad o más, bien entre funcionarios o bien entre

¹⁶ STS (Social) 7-3-02, Rec. 1220/01, RJ 4667

los laborales, pero no en conjunto. Esto fuerza a un segundo cálculo por separado para determinar si en algún sindicato concurre esta situación.

Todos los sindicatos legitimados, incluso estos últimos que no han llegado al 10% conjunto, tienen derecho de presencia en la mesa, por lo que el número de miembros de la misma tendrá que ser suficiente para así garantizarlo, siempre que sea posible.

Es muy posible que en el reparto de puestos se produzcan fracciones. Por ejemplo, puede ocurrir que a un sindicato le correspondan 2,6 puestos y a otro 1,4, y así sucesivamente.

También aquí los acuerdos y reglas de desarrollo pueden ofrecer soluciones, pero en caso contrario, partiendo de la presencia de al menos un representante de todos los legitimados, los restantes puestos se atribuirán por números enteros.

Los puestos que después de lo anterior sigan quedando sin asignar, se atribuirán por la regla de la fracción mayor, lo que puede conducir a situaciones no totalmente proporcionales.

Es importante destacar que la Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) atribuye la competencia judicial sobre todas las cuestiones relativas a la negociación colectiva conjunta, incluidas las relativas a la composición de las mesas negociadoras, al orden contencioso-administrativo (art. 3 e) LJS).

La práctica está demostrando que esta negociación conjunta está resultando, como pronostiqué en algún trabajo anterior, absolutamente funcional y empieza a predominar en muchos ámbitos en los que la mayor parte de las cuestiones se regulan en acuerdos conjuntos que están funcionando sin excesivos problemas. Por otro lado es el sistema absolutamente adecuado en el ámbito local para unidades pequeñas en las que la existencia de tres mesas (funcionarial, laboral y conjunta) es totalmente disfuncional.

4. LA EFICACIA DE LO NEGOCIADO Y LA POSIBILIDAD DE SUSPENDER SU APLICACIÓN

Los Pactos, al igual que los Acuerdos, son fruto de la negociación colectiva en el ámbito funcionarial; por lo tanto tienen una finalidad esencial, la regulación de las condiciones de trabajo (en sentido amplio) de los empleados públicos sujetos a una relación funcionarial.

Ese es el concepto de negociación que explícitamente se recoge en el artículo 31.2 del EBEP.

Desde esta perspectiva, desde luego, la negociación colectiva, aunque pueda no identificarse necesariamente con la producción de un convenio colectivo de eficacia inmediata, vinculante y general en su ámbito, similar al vigente en el ámbito laboral, es bastante más que una difusa participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, aludiendo expresamente el artículo 31.2 del EBEP al derecho “a negociar la determinación de las condiciones de trabajo”.

Es éste un elemento de reflexión, común a los Acuerdos, que debe orientar las consideraciones sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de ambos instrumentos negociales.

1º) La eficacia de los Pactos.

Claro es, si se comparte cuanto se ha dicho, debe admitirse una eficacia del Pacto ajustada a esa naturaleza jurídica, porque en caso contrario se produciría una disociación entre naturaleza y efectos de la misma difícilmente explicable.

Los Pactos se celebran sobre materias que se correspondan con el ámbito competencial del órgano que los suscribe y, una vez suscritos, vinculan a dicho órgano y a los representados por los firmantes, generan derechos y obligaciones para quienes están comprendidos en su ámbito, en el que despliegan eficacia general, pues no cabría aplicar condiciones diferentes a los funcionarios del mismo ámbito, y prevalecen sobre los reglamentos anteriores, sin que tampoco puedan ser

alterados o privados de efecto total o parcialmente por normas reglamentarias posteriores, ya que la potestad reglamentaria unilateral sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios sólo se mantiene por la Administración ante el fracaso de la negociación colectiva y tras agotar, previamente, los procedimientos de solución extrajudicial (EBEP art. 38.7).

El EBEP aclara que la naturaleza y eficacia de los Pactos obtenidos en la negociación conjunta para personal laboral y funcionario es dual, equiparándose a la que tengan los Pactos para los funcionarios y a la propia de los convenios colectivos para el personal laboral (EBEP art. 38.8).

Estamos ante un instrumento negociado que es un Pacto para los funcionarios y un convenio para los laborales.

Lo anterior lleva a cuestionarse si debe suscribirse un único texto o dos diferenciados, uno para funcionarios y otro para laborales.

Parece claro que debe estarse a lo primero; precisamente lo segundo, la existencia de dos textos distintos aunque con el mismo contenido, es lo que pretende evitarse con la posibilidad de negociación conjunta.

Así se deduce, además, del propio tenor legal que alude a los Pactos y Acuerdos que *“contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral”*. Se está aludiendo, pues, a un único instrumento que contiene regulaciones comunes y no a dos instrumentos diferentes.

En función de lo anterior puede existir – y de hecho eso es lo que se ajusta al tenor literal del precepto - un único texto, un único registro, una única publicación, incluso una única comisión de seguimiento, etc.

Lo anterior no impide que en su vigencia pueda haber incidencias diferenciadas.

En efecto, podría darse el caso de que el Pacto fuese legal para un colectivo, pero no para el otro.

Puede existir un Pacto, por ejemplo, contrario a normas imperativas laborales pero no a las funcionariales, o a la inversa; en ese caso el contenido sólo sería ilegal para el colectivo de empleados en relación con el que implicase contravención de normas imperativas.

La eficacia dual conduce a esta relativa paradoja, comprensible por otro lado ante la doble eficacia del instrumento que se contempla. No es imposible, pues, que ese único texto devenga en inaplicable a sólo uno de los colectivos afectados.

En este caso siempre cabrá a las partes, pues no puede entenderse excluida esa posibilidad, una renegociación *ante tempus* para ajustar lo acordado a los términos legales para ambos colectivos, manteniéndose así la uniformidad de regulación en relación con ambos. Incluso al respecto cabe establecer cláusulas de vinculación a la totalidad que conduzcan a esa renegociación si el Pacto conjunto no puede aplicarse a ambos colectivos; estas cláusulas, pese a que pueden provocar una aplicación conflictiva, son vinculantes para las partes y son una buena medida para defender la existencia de un texto único aplicable a todos los colectivos afectados.

En todo caso, recuérdese lo que ya se dijo acerca de la competencia judicial del orden contencioso-administrativo en relación con estos instrumentos negociales conjuntos.

2º) La eficacia de los Acuerdos: la necesidad de ratificación

En cuanto al concepto de los Acuerdos debe partirse, también, de que estamos ante instrumentos fruto de la negociación colectiva, pudiendo repetirse, pues, cuanto se ha dicho al respecto de los Pactos en esa conclusión.

Ahora bien, incluso teniendo en cuenta lo que se acaba de exponer, el concepto de los Acuerdos no es exactamente equiparable al de los Pactos.

Para establecerlo debe atenderse, esencialmente, a lo dispuesto en el EBEP en los apartados 3, 4, 6 y 7 del artículo 38.

Los Acuerdos son lo que no pueden ser los Pactos.

En efecto, los Acuerdos son el instrumento con el que finalizan las negociaciones sobre materias competencias de los órganos de Gobierno de las diferentes Administraciones Públicas (Consejo de Ministros o del órgano de gobierno equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales), competencias que en ocasiones serán propias y que, en otros casos, aunque normalmente no en el de las Administraciones Locales, requerirán la adopción de una norma con rango de ley, por lo que el órgano de gobierno deberá remitir al órgano legislativo el Acuerdo en forma de proyecto de ley para que sea aprobado como tal, supuesto que desarrollará con posterioridad por los problemas que plantea.

En este caso (EBEP art. 38.3) el Acuerdo requiere para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno que corresponda en función del ámbito de aplicación del citado Acuerdo.

Los Acuerdos aprobados se sujetan a los mismos trámites de remisión a la oficina pública y publicación que los Pactos, resultando la publicación esencial para la validez de unos y otros, pues sin la misma, en principio, carecen de eficacia normativa¹⁷

Es lógico que la norma se refiera a los Acuerdos aprobados, pues los no aprobados no existen jurídicamente, entendiéndose por finalizado el proceso de negociación sin resultado positivo.

Si el proceso de negociación finalizó sin resultado positivo, la Administración recupera su capacidad de regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios respectivos, tras el agotamiento de los procedimientos de solución extrajudicial (EBEP art. 38.7).

Si se alcanzó un Acuerdo, pero luego éste no ha sido ratificado o ha existido negativa expresa a incorporar su contenido en el Proyecto de Ley correspondiente, antes de que se produzca lo anterior (la recuperación de la capacidad de regulación por parte de la Administración), deberán reanudarse las negociaciones en el plazo de un mes si así lo pide alguna de las partes.

Efectuada esta petición la renegociación es obligatoria; sólo si fracasa se produce la recuperación de la capacidad de actuación unilateral de la Administración en los términos analizados.

Por lo demás, la eficacia normativa de los Acuerdos, una vez aprobados, y general en el ámbito de aplicación, parece indiscutible al igual que en el caso de los Pactos.

Puede verse que su similitud con los Pactos es evidente pero que existe un elemento diferenciador notable, la necesidad de un acto posterior de aprobación de lo negociado.

La importancia que pueden tener algunos de los temas negociados en los Acuerdos en el ámbito de la función pública y el carácter colegiado del órgano que va a quedar obligado, que además es en cada caso el de mayor importancia en la Administración respectiva, es lo que ha llevado a implantar aquí, con carácter obligatorio, esa institución de la ratificación equivalente a la que existe en los preacuerdo en el ámbito laboral, aunque allí ni es obligatoria ni cuenta con regulación legal expresa.

Esta interpretación parece la más ajustada al EBEP que, en su artículo 38.3, utiliza el término ratificación para referirse al acto de aprobación y señala que, una vez ratificado el Acuerdo, será directamente aplicable al personal incluido en su *“ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente”*.

¹⁷ STSJ Madrid 8-12-13, Rec. 405/13, JUR 14932 (2014).

La aplicación directa y la mención a que la modificación o derogación de la normativa reglamentaria lo es a los meros efectos formales, sin afectar en consecuencia a la aplicación material de lo acordado, ratifican cuanto se ha expuesto acerca de la naturaleza del Acuerdo.

Por si lo anterior no fuera suficientemente explícito, las previsiones del EBEP sobre eficacia de los instrumentos negociados conjuntamente para todos los empleados públicos, laborales y funcionarios – ya reconocida legalmente con anterioridad conforme a la Ley 21/2006 -, y en cuanto a la posibilidad de fijar reglas sobre estructura de la negociación, concurrencia de negociaciones y criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras (EBEP art. 38.8 y 9), por citar sólo algunas de las previsiones relevantes al respecto, abundan en la solución de reconocer a los Acuerdos – también a los Pactos - una naturaleza de contrato colectivo normativo, similar a la del convenio colectivo laboral.

Como la derogación de las normas reglamentarias precedentes y que contradigan lo establecido en un Acuerdo aprobado lo es a efectos meramente formales (EBEP art. 38.3), aunque la misma no se produzca o se retrase, el Acuerdo está ya en vigor y resulta aplicable, produciendo materialmente la derogación de cualquier norma reglamentaria anterior que entre en contradicción con el mismo, e impidiendo durante su duración y en su caso durante su prórroga - que se producirá en los términos que se hayan acordado – que se dicten disposiciones reglamentarias que lo contradigan. Todo ello, como es claro, en relación con el ámbito competencial propio de la Administración que lo aprobó.

Establecido lo anterior, un problema adicional que no debe ignorarse es determinar hasta dónde llega la libertad de aprobación o desaprobación del Acuerdo por el órgano de gobierno respectivo.

Esa libertad queda limitada, una vez admitida la interpretación que se ha hecho, por dos circunstancias.

La primera, las exigencias de la buena fe, que es consustancial a cualquier procedimiento negociador y que ahora se reconoce expresamente como se ha visto (EBEP art. 34.7).

La segunda, la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, expresamente establecida en el artículo 9.3 CE.

Además, sobre ambas circunstancias juegan también otros dos elementos:

El primero, la obligación legal de negociar determinadas materias conforme al artículo 37 del EBEP y que responde al principio de que esta negociación es obligatoria, como expresamente regula la propia norma (EBEP art. 33.1) al establecer los principios a que se sujeta aquella. Esta obligación no puede convertirse en algo meramente formal, como ocurriría si se negociase por unos representantes sin capacidad real de llegar a ningún acuerdo o estando ya predeterminada la decisión de no asumir lo negociado por ellos, lo que sería un claro fraude a esa obligación legal de negociación.

El segundo elemento, muy relacionado con el que se acaba de exponer, es la posibilidad, ya mencionada, de que las instituciones de Gobierno respectivas, si encargan las negociaciones a órganos técnicos, fijen instrucciones para sus negociadores, instrucciones que, de ser seguidas y alcanzarse un Acuerdo respetuoso con las mismas, deberían en buena lógica llevar a su aprobación.

En atención a todas estas consideraciones, la libertad que en el ámbito laboral pudiera existir para no ratificar un preacuerdo, no sería tan amplia en el supuesto de la negociación en el ámbito funcional.

En ese sentido las posibilidades de no aprobar el Acuerdo alcanzado en la mesa quedarían limitadas y, en una interpretación razonable de cuanto se ha expuesto, esa desaprobación solamente sería posible si:

- Los negociadores no se atuvieron a las instrucciones recibidas (EBEP art. 33.2).

- Existen problemas de legalidad en el Acuerdo alcanzado en aplicación del principio de legalidad y lo mismo cuando existan problemas de cobertura presupuestaria (EBEP, art. 33.1).

- Se ha producido un cambio de circunstancias que justifique disentir de lo acordado por superiores razones de interés general, en aplicación analógica de lo dispuesto para los Acuerdos vigentes (EBEP art. 38.10).

Fuera de estas cuestiones se hace difícil encontrar una razón, que no fuese arbitraria o contraria a la buena fe negocial, para disentir de lo acordado por los representantes de la Administración.

Así pues, establecer estos límites a la libertad de aprobación del Acuerdo, parece la interpretación más coherente con las previsiones negociales del EBEP si es que se quiere asumir, en una dimensión adecuada, el reconocimiento del derecho de negociación colectiva.

Por otro lado el Acuerdo, como se dijo, requiere para su validez y eficacia la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno que corresponda en función de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, no vincula hasta que esa aprobación se haya producido.

Si ésta se produce, salvo que se trate de supuestos de negociación prelegislativa, en cuyo caso se elaborará el correspondiente proyecto de ley, cuestión que posteriormente se abordará, el Acuerdo vincula de la misma forma y en los mismos términos que se han analizado para los Pactos, sin que, como ya se expuso, se altere su naturaleza, ni consiguientemente su eficacia, por el acto de aprobación explicable perfectamente desde la lógica laboral anteriormente analizada.

En atención a lo expuesto, el Acuerdo, hasta tanto se aprueba, no pasa de ser un preacuerdo, una propuesta si se quiere, que no vincula más allá de la obligación, propia de una negociación de buena fe, de someterlo en plazo razonable a la aprobación del órgano de gobierno respectivo.

Ahora bien, una vez aprobado, vincula y tiene la eficacia propia de un contrato colectivo normativo.

Precisamente por ello tampoco puede el órgano de gobierno respectivo aprobar un Acuerdo modificado o, mejor dicho, no lo puede aprobar como tal Acuerdo modificado.

Si no se aprueba el Acuerdo, la negociación acabó sin resultado y a partir de ahí lo que entra en juego es la previsión del artículo 38.7 del EBEP recuperando, en los términos ya mencionados y en los que permitan los pactos sobre prórroga de Acuerdos anteriores, el órgano administrativo de gobierno la capacidad de adoptar las normas reglamentarias que procedan para regular las condiciones de trabajo de los empleados públicos, normas en las que podrá incorporar, si así lo desea, parte del Acuerdo en su día alcanzado y no aprobado, pero no como contenido pactado, sino como contenido reglamentario que el órgano de gobierno establece por su propia voluntad y, por tanto, con el valor y eficacia propio de tal norma reglamentaria, que en el fondo no difieren esencialmente del que podría tener como Acuerdo aprobado más allá de que en este caso no habrá contado con la conformidad de los representantes de los funcionarios que habían negociado aquél y de que, al no estar acordado y proceder de la voluntad unilateral del órgano administrativo, éste podrá modificarlo libremente por otros reglamentos posteriores previa, en su caso, la negociación que resulte obligada.

3º) La posibilidad de suspensión o modificación unilateral del Pacto o Acuerdo. Pese a que el Pacto o el Acuerdo es plenamente vinculante, en la medida que estamos en negociaciones en el ámbito público cabe una posibilidad excepcional de suspensión o modificación del mismo. Ésta se produce a iniciativa de la Administración y excepcionalmente; en concreto, se admite cuando una causa grave de interés público, derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, lo justifique a criterio de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas (EBEP art. 38.10).

Aunque la decisión inicial corresponde a la Administración afectada por el Pacto siempre podrá comprobarse judicialmente si concurren las indicadas circunstancias, además de que el EBEP tampoco permite a esos órganos de gobierno cualquier actuación cuando concurren aquellas causas, sino sólo las que se puedan entender como estrictamente necesarias para salvaguardar el interés público, lo que permite que también este aspecto pueda controlarse judicialmente. La posibilidad,

pues, debería ser ciertamente excepcional y residual, aunque ya se ha utilizado en materia de Acuerdos en relación con el régimen retributivo para el año 2010 y desde ese momento en otros numerosos casos, incluso en legislación autonómica.

De darse, permitirá suspender o modificar todo el Pacto o, en su caso, la parte estrictamente necesaria para responder a las circunstancias planteadas y, en principio, sólo por el tiempo en que esas circunstancias así lo justifiquen.

Ahora bien, esta facultad está recogida en la norma legal como un supuesto excepcional y en relación con la misma debe tenerse en cuenta:

a) Que no existía una previsión similar en relación con la negociación colectiva laboral hasta el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, que ha modificado el art. 32 del EBEP para introducir en relación con el personal laboral una medida similar a la establecida para los funcionarios; esto es cuestionable pues en dicho ámbito esta regulación incide en un aspecto esencial del derecho de negociación colectiva y, por ende del derecho de libertad sindical, constitucionalmente reconocidos, pues en ese ámbito la vinculación de los convenios es algo que precisamente la Constitución encarga a la ley garantizar.

b) Para admitir la lógica de esta facultad es esencial la posibilidad del control judicial de la medida, que permita analizar si se dan las razones para activarla y si el grado en el que se utiliza se justifica en atención a las razones y los fines que se planteen.

c) Precisamente por ello la norma legal contempla la medida como una actuación reglamentaria, sujeta, en consecuencia, a un adecuado control judicial. La utilización de normas con rango legal amparadas en esta misma finalidad puede suponer hacer ineficaz el control judicial, al derivar la única posibilidad de cuestionar la medida a la interpretación de constitucionalidad, privando así de la tutela judicial efectiva que resulta consustancial con la posibilidad. En todo caso habría que diferenciar dos cuestiones: una, es la posibilidad de suspender o modificar los Acuerdos ya suscritos; otra, la aprobación de una nueva ley formal que modifique automáticamente por ilegalidad sobrevenida algún aspecto concreto de un Acuerdo, pero claro en esta situación esa actuación legal corresponde esencialmente a la ley estatal, pues la legislación laboral, sindical y de seguridad social es competencia estatal, no autonómica y en cuanto a la regulación de la función pública respectiva, la competencia autonómica ha de hacerse respetando las bases fijadas por la legislación estatal que, en concreto, son en esta materia las del EBEP que no admiten otra vía para dejar sin efecto los Pactos y Acuerdos que la reglamentaria que se comenta, sin que la capacidad presupuestaria de las Comunidades Autónomas puede interpretarse en un sentido tan amplio que les permita legislar en cualquier materia en relación con su personal laboral, alterando incluso las reglas de legislación laboral fijadas en leyes estatales.

d) La medida debe responder a una causa grave, fundada en la alteración sobrevenida de las circunstancias económicas. Lógicamente no pueden justificar la medida causas que ya existían cuando se suscribió el Pacto o Acuerdo pues eso sería contrario a la buena fe negocial. La gravedad parece esencial para hacer que la medida sea admisible, incluso en atención a los compromisos internacionales suscritos por el Estado español en materia de libertad sindical y negociación colectiva; por eso es cuestionable que la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 20/2012 asimile a la *“causa grave de interés público derivada de la alteración de las circunstancias económicas”*, que resulta exigible para que se active la medida conforme a los arts. 32.2 y 38.10 EBEP, la simple circunstancia de que las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. La fórmula es tan amplia que no es claro que realmente en todos los supuestos necesariamente sea esta circunstancia una causa grave. Habrá supuestos en que la adopción de esas medidas económico-presupuestarias justificarán la modificación o suspensión de Pactos, Acuerdos y convenios y otros en los que no.

En todo caso, ciertamente la obligación de someterse a planes de ajuste, reequilibrio financiero o económico-financiero puede evidenciar una situación económica desfavorable que, por tanto, sería cuando menos el primer presupuesto necesario para acogerse a esta posibilidad¹⁸.

Además, en cualquier caso, que esa circunstancia permita activar la posibilidad no excluye la aplicación de la misma en los términos en los que la ley lo permite y, conforme a ellos, lo que podrá suspenderse o modificarse será sólo lo estrictamente necesario y justificado para solventar la situación, es decir la suspensión o modificación sólo se admitirá *“en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”*.

Por otro lado, la inaplicación, como es lógico, solo surte efectos desde que el órgano de gobierno la aprueba y, por tanto, no debería desplegar efectos retroactivos no pudiendo afectar a derechos devengados con anterioridad¹⁹.

4º) La específica eficacia de los Acuerdos en materias sujetas a reserva de ley.

La eficacia del Acuerdo a que se aludió con anterioridad tiene sentido cuando el contenido del mismo afecta a materias competencia del órgano que lo ratifica, pero no cuando se trata de materias que deben ser reguladas mediante ley, en cuyo caso la negociación no pasa de ser una negociación prelegislativa cuyo contenido y eficacia presenta peculiaridades que deben ser examinadas a continuación.

La negociación prelegislativa se da cuando la Administración está obligada a someter a negociación proyectos de ley o partes de ellos, negociación en la que puede alcanzarse un compromiso, en forma de Acuerdo, sobre el texto que va a presentarse al órgano legislativo correspondiente pero que, evidentemente, no tiene eficacia jurídica directa en cuanto a las previsiones concretas del texto pactado, porque su aplicación dependerá de que el proyecto se convierta en ley.

Lógicamente el proyecto puede no aprobarse o puede aprobarse modificado, correspondiendo la decisión al respecto al órgano legislativo respectivo.

Constitucionalmente no existe ningún fundamento para negar a ese órgano legislativo su capacidad de decisión, o la posibilidad de introducir las enmiendas que estime pertinentes en el texto pactado entre el órgano administrativo y los sindicatos llamados a la negociación prelegislativa.

En estos casos, más que una negociación jurídica, se busca un efecto socio-político, conseguir un cierto consenso de los afectados en los proyectos de ley que vayan a regular las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y, también, dar participación a los mismos en esos proyectos.

Este tipo de negociación deriva claramente de la distribución constitucional de competencias, que se respeta en el artículo 33.1 del EBEP al establecer, como principios a los que deberá atenerse la negociación funcional, los de legalidad y cobertura presupuestaria.

Es indiscutible, pues, que lo negociado en estas materias queda sujeto al resultado de ese proyecto, resultado que no depende de los negociadores sino del órgano legislativo.

Ni la negociación colectiva puede alterar lo regulado en normas de derecho necesario absoluto, ni invadir el terreno reservado al legislador.

Conviene aquí hacer dos matizaciones.

¹⁸ De hecho ya varias sentencias se han pronunciado admitiendo la suspensión de Acuerdos y Pactos en atención a la existencia de planes de ajuste en la correspondiente entidad municipal, como, por ejemplo, STSJ Málaga 23-1-14, Rec. 1607/13, AS 998 y STSJ Madrid 12-6-13, Rec. 643/12, JUR 14677 (2014)

¹⁹ Al respecto STSJ (Social) Aragón 21-7-14, Rec. 407/14, AS 2073.

La primera es que ello no es exclusivo de la negociación de los funcionarios, sino general a cualquier proceso de negociación colectiva, sujeto siempre a lo que se disponga en las normas de derecho necesario.

La segunda es que será el órgano legislativo el que, en definitiva, adoptará las decisiones que jurídicamente tengan efectos; la eficacia de la mismas no será la propia de un Acuerdo negociado, sino la que corresponda a las normas emanadas de dicho órgano legislativo; estaremos ante una norma estatal – en sentido amplio – que obligará como tal y que se sujetará a todas las reglas interpretativas y aplicativas propias de las mismas.

Si se analiza lo anterior, aquí, aunque a través inicialmente de un proceso de negociación, se ha producido lo que se conoce como legislación negociada, pero no una auténtica negociación colectiva en sentido estricto, ni muchos menos se han creado acuerdos jurídicamente vinculantes para el órgano legislativo.

Así se había interpretado ya en relación con la LORAP, señalando que lo único que existía era una obligación de negociación previa.

En este sentido las sentencias que se han pronunciado sobre la omisión de trámites de negociación obligatoria se han referido, por razones obvias, a la elaboración de disposiciones reglamentarias, pero en todas ellas es claro que se parte del carácter imperativo de la obligación de negociar que se desprendía del artículo 32 LORAP y hoy se mantiene; por tanto, cualquier disposición en la que se omitía el correspondiente trámite negociador previa se consideraba elaborada en forma incorrecta y viciada de nulidad²⁰. Si bien, como es claro, la obligación es someterse a una negociación, pero en ella nada impone, por otra parte, alcanzar acuerdos²¹, por lo que no existe vicio de nulidad si finalizada la negociación sin acuerdo la Administración remite unilateralmente el proyecto de ley en los términos que ella considere convenientes.

El carácter prelegislativo de esta negociación se reforzó con las interpretaciones jurisprudenciales²² que han insistido en la imposibilidad de la vinculación de los órganos legislativos a los pactos sobre incrementos presupuestarios, que han dado un carácter muy formal a esta negociación, permitiendo que se entienda cumplida con un trámite casi de consulta (exposición de las posturas, acreditación del desacuerdo y recuperación de la libertad de decisión gubernamental), y que han resaltado que la negociación sobre el incremento salarial es de carácter anual, si bien algunos de estos aspectos posiblemente deberían reconsiderarse al amparo del EBEP, especialmente en cuanto al carácter tan simple que se le daba al concepto de negociación, que la desvirtuaba y olvidaba que era bastante más que una mera consulta, y al carácter anual de la negociación, que no se establece en la actualidad en el artículo 36.2 del citado EBEP y que ya no tiene sentido, especialmente en atención a la posibilidad comentada de suspensión o modificación de lo acordado pues, en virtud de ella, aunque se haya acordado un incremento plurianual, si cambian las circunstancias económicas en los términos analizados, el órgano de gobierno pueden desvincularse del incremento pactado para alguna anualidad en aras a la defensa del interés público que se concretará en este sentido en la presentación de una norma presupuestaria ajustada a la nueva situación económica.

En cualquier caso estamos, pues, ante una negociación más socio-política que jurídica pero, pese a ello, algún efecto jurídico tiene, no en cuanto a lo que se dispone en el texto acordado, pero sí en cuanto a cómo proceder en relación con el iter posterior de ese texto acordado.

²⁰ Al respecto, aunque siempre en relación con disposiciones reglamentarias, por ejemplo, STS 10-11-94, Rec. 56/92, RJ 9040; STS 6-3-97, Rec. 2797/92, RJ 2165 y STS 29-5-97, Rec. 290/94, RJ 4534.

²¹ STS 9-2-99, Rec. 341/96, RJ 2068 y STS 1-3-99, Rec. 355/96, RJ 2736.

²² STS 21-3-02 (2 sentencias), Rec. 739/96 y 1074/01, RJ 4319 y 4318, respectivamente.

En efecto, si el órgano administrativo obligado a ella aprueba el Acuerdo, después debe obrar en consecuencia, como dispone el art. 38.3 EBEP que, tras reiterar que estos Acuerdos carecen de eficacia directa, reconoce la obligación del órgano de gobierno respectivo que hubiese aprobado uno de estos Acuerdos de remitir, en el plazo acordado, un proyecto de ley conforme al texto acordado a los órganos legislativos.

A partir de esa obligación, que parece clara, se hace más complejo determinar lo que ocurre si se incumple la misma o, incluso, si se remite directamente al órgano legislativo un texto que debió ser negociado pero omitiendo el órgano administrativo ese procedimiento obligatorio de negociación.

Por otro lado, si no se ratifica un Acuerdo adoptado en esta negociación prelegislativa o hay una negativa expresa a incorporar su contenido en el proyecto de ley, el EBEP contempla otro efecto jurídico, la obligación de reiniciar la negociación en el plazo máximo de un mes, siempre que esa reanudación de negociaciones se pida por la mayoría de alguna de las partes negociadoras (EBEP art. 38.3).

5. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL

El artículo 37.1 del EBEP contiene el listado de materias que pueden ser objeto de negociación en el ámbito público de los funcionarios, comprendiendo prácticamente todas las que afectan a su régimen profesional, negociándose aquellas que en cada proceso negociador las partes acuerden someter a debate. En todo caso dicho precepto debe completarse con otras previsiones.

Así, el número 2 del artículo 37 del EBEP contiene un listado más amplio que el existente anteriormente de materias excluidas de negociación en el que se citan, por un lado, aquellas que ya se mencionaban en el artículo 34 de la LORAP:

- Las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten al ejercicio de sus potestades de organización.
- La regulación del ejercicio de los derechos de los ciudadanos y de los usuarios de los servicios públicos.
- El procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas.

A las que se añaden, por otro lado, las siguientes:

- La determinación de condiciones de trabajo del personal directivo en referencia al que se contempla en el artículo 13 del propio EBEP.
- Los poderes de dirección y control propios de la relación jerárquica. Referencia ésta que, dependiendo de la forma en que se interprete, puede limitar seriamente la posibilidad de negociar sobre materias muy importantes (por ejemplo, ¿un sistema de control horario o de asistencia?). Es más, en relación con estos poderes ni siquiera se prevé la negociación sobre las repercusiones que las decisiones adoptadas en base a ellos produzcan en las condiciones de trabajo. Este elemento, sin duda, debe conducir a una interpretación restrictiva de lo que puede entenderse excluido de la obligatoriedad de negociación pues, en caso contrario, se limitaría considerablemente el derecho de negociación colectiva en solución poco coherente con el conjunto de un texto legal que busca, precisamente, lo contrario, esto es, fomentarla.
- La regulación y determinación concreta, en cada caso, de los sistemas, criterios, órganos y procedimientos de acceso al empleo público y la promoción profesional. Obsérvese que se excluye de negociación la regulación y determinación concreta, no los términos generales que sí que se someterían a negociación conforme a la letra c) del artículo 37.1 del EBEP, lo que enlaza con lo que se mencionará posteriormente sobre esta cuestión.

En realidad el texto excluye las materias citadas de la obligatoriedad de negociación lo que podría llevar a entender que voluntariamente sí que cabe negociación sobre las mismas, pero en general no

es así. En unos casos porque el propio EBEP en otros preceptos lo impide, como, por ejemplo, en relación con las condiciones de empleo del personal directivo sobre las que el artículo 13.4 de la citada norma señala que no serán objeto de negociación colectiva; y en otros porque la propia índole de la materia evidencia que la misma no es negociable en cuanto está regulada en normas absolutamente imperativas o que afectan a terceros, como por ejemplo las cuestiones relativas a los derechos de los ciudadanos y de los usuarios.

Lo normal, pues, es que estas materias no sean objeto de negociación colectiva.

Además debe tenerse en cuenta la especificación que se hace para clarificar los aspectos negociables en ciertas materias, optando, en general, en todas aquellas materias más complejas por señalar que son objeto de negociación obligatoria los criterios generales aplicables en ellas, lo que debe conducir a la misma interpretación que expresamente hace el EBEP en el artículo 37.2.e), es decir, a que la regulación concreta en cada caso no queda sujeta a la negociación obligatoria.

La fórmula de que se sujetan a negociación “los criterios generales” se usa reiteradamente en el artículo 37.1, así:

- En materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos (37.1.c)
- Evaluación del desempeño (37.1.d)
- Planes y fondos para la formación y promoción interna (37.1.f)
- La determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas (37.1.g)
- La acción social (37.1.g)
- Las ofertas de empleo público (37.1.i)
- La planificación estratégica de los recursos humanos (37.1.m)

Puede verse, pues, la importancia que adquiere la identificación de lo que se entiende por esos “criterios generales” por contraposición a la “regulación y determinación concreta”.

En mi opinión debería estarse a una interpretación que favoreciese la amplitud de contenido de la negociación colectiva, entendiendo que su ámbito natural es, precisamente, el de “lo colectivo” y que por tanto, en general, cuando la norma alude a criterios generales se está refiriendo a los aspectos colectivos de todas esas materias, sobre los que existiría obligación de negociación, excluyendo de ella el ámbito de lo individual, esto es, la repercusión concreta e individualizada de aquellos aspectos colectivos.

En la mayor parte de los casos ello conducirá a que se negocie lo que debería concretarse en normas o disposiciones generales y no, por el contrario, lo que sea contenido de los actos administrativos de aplicación, de los actos administrativos aplicativos de aquellas.

En todo caso, es claro que será la interpretación judicial la que, en cada caso, vaya estableciendo los límites aplicables a la negociación colectiva en el empleo público.

Enlazando con esto último existen precedentes, especialmente jurisprudenciales que, aunque en algunos casos sean anteriores al EBEP, permiten identificar en relación con ciertas materias lo que se ha entendido que era obligatorio negociar o, en sentido contrario, aquello que no quedaba sujeto a la obligación de negociación.

Al respecto pueden identificarse en la jurisprudencia contencioso-administrativa (todas las sentencias que se citan en este apartado proceden de ese orden jurisdiccional) pero en conclusiones en general aplicables a la negociación laboral y conjunta, entre otras, cuestiones como las siguientes:

a) Materia retributiva. Además de cuanto se ha dicho, las soluciones jurisprudenciales entienden que no puede dejar de negociarse esta materia, ni siquiera al amparo de la aprobación del presupuesto por el órgano correspondiente²³, o de la argumentación de que la materia retributiva se había regulado mediante la estricta aplicación de la legislación presupuestaria²⁴. En todo caso parece claro que la negociación se ceñirá a aquellos aspectos que se permitan en la legislación presupuestaria y, sobre todo, a la aplicación de los incrementos retributivos previstos en la misma y a las retribuciones complementarias (EBEP art. 37.1. a) y b)²⁵.

b) Materia relativas al acceso, carrera, provisión de puestos, ofertas de empleo, etc. En estas materias se ha entendido, en tesis discutible, que la Administración no está obligada a negociar el contenido general de aquellos procedimientos que no afectan directamente al acceso al empleo público, sino que establecen requisitos previos, como procesos de acreditación o habilitación y similares para poder concurrir posteriormente a pruebas de acceso, como ocurre, por ejemplo, con los procedimientos de acreditación en el ámbito universitario²⁶.

También se ha entendido que como la obligación de negociar afecta a los criterios generales, no debe someterse a negociación una convocatoria concreta que es un mero acto aplicativo²⁷, tesis que cabe calificar de correcta, siempre claro está que ciertamente hubiesen sido de previa negociación los criterios generales en la materia y, por tanto, pudiese entenderse que la convocatoria se limitaba a concretar y aplicar los mismos. En este sentido la absoluta falta de negociación de todo lo relativo a la oferta de empleo público determina que deba entenderse como nula la misma por esa omisión del procedimiento de negociación²⁸ que, como se ha visto, ahora se centrará no en la propia oferta de empleo pública, en sí misma, sino en los criterios generales a los que la misma debe ajustarse (número de plazas y tasa de reposición de efectivos dentro de los límites legales, naturaleza de los puestos, sistemas de selección a utilizar, plazas reservadas a promoción interna, a discapacitados, etc.).

Un aspecto cuestionado ha sido determinar hasta dónde alcanza la obligación de negociar en relación con las relaciones de puestos de trabajo (RPT).

En principio parece imponerse la tesis de que la aprobación y las modificaciones esenciales en las mismas que repercuten, lógicamente, en los empleados públicos deben ser objeto de negociación en el ámbito funcional y, en consecuencia pueden serlo en el laboral – en el que la negociación no es obligada -.

En cuanto a la aprobación se ha entendido que son negociables las relaciones de puestos de trabajo, sin que pueda argumentarse para sostener lo contrario que formarían parte de la potestad organizativa de la Administración²⁹.

²³ Por ejemplo STS 4-7-07, Rec. 612/00, RJ 6764.

²⁴ Entre otras, STS 4-6-08, Rec. 1941/04, RJ 6027

²⁵ En estos términos se han considerado como sujetas a la negociación, por ejemplo, las modificaciones en los complementos retributivos (STS 4-2-04, Rec. 3686/01, RJ 886), la regulación de un complemento de productividad (SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281) o de los criterios para el reparto del mismo (STSJ Valladolid 13-3-97, Rec. 584/04, JUR 215209).

²⁶ STS 27-1-09, Rec. 192/07, RJ 857.

²⁷ SAN 13-5-05, Rec. 53/03, JUR 238979.

²⁸ STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.

²⁹ Por ejemplo, STS 9-4-2014, Rec. 514/2013; STS 27-5-09, Rec. 6142/05, JUR 288618 y STS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800, entre otras. Lo mismo se ha establecido cuando adopten la forma de reglamento orgánico y funcional de un ente público como resuelve STSJ Comunidad Valenciana 7-2-14, Rec. 1278/11, JUR 122604. Negociación que además ha de ser real, como señala, STSJ Castilla-La Mancha 27-

No sólo la aprobación general, sino lógicamente también se ha entendido que entrarían dentro de los aspectos generales que deben ser objeto de negociación las modificaciones de estas relaciones que cambian el sistema de acceso a los puestos de trabajo, por ejemplo generalizando el sistema de libre designación en muchos puestos³⁰, o alterando la naturaleza de determinados puestos (por ejemplo reservados a funcionarios de carrera que pasan a ser susceptibles de ocupación por personal eventual)³¹, o exigiendo nuevos requisitos para algunos puestos de trabajo³², o creando nuevos puestos de trabajo que pueden ser susceptibles de promoción profesional para los empleados públicos³³, o amortizando determinados puestos incluso aunque se encuentren vacantes³⁴.

En este mismo sentido se ha entendido que una modificación de la relación de puestos de trabajo que afecta a retribuciones y tiene consecuencias presupuestarias es una modificación esencial y, por tanto, debe (en el ámbito funcional) ser objeto de negociación³⁵ y puede serlo en el laboral.

Por el contrario, cuando las modificaciones son menores porque, por ejemplo, no alteran la naturaleza de los puestos, centrándose más bien la organización de los servicios, pudiéndose entender entonces que se está más ante la potestad de organizar los propios servicios, no sería exigible la previa negociación³⁶.

Lo mismo se ha entendido de modificaciones muy puntuales de relaciones extensas que se justifican, además, por necesidades organizativas³⁷, si bien esta doctrina ha de utilizarse con cautela ante la indefinición de lo que pueden entenderse como modificaciones puntuales. Al respecto debe tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha determinado que la clasificación de puestos de trabajo debe ser objeto de negociación, sin que influya en ello el mayor o menor número de puestos afectados por la misma³⁸.

También se ha considerado como una modificación menor o puntual que no obliga a someterse al procedimiento de negociación, el mero ajuste del grupo de unos puestos a la titulación normativamente requerida para ocupar los mismos³⁹.

Puede verse, pues, que en la materia cabe diferenciar entre aprobación inicial o modificación sustancial, que obligan a la negociación, y mera modificación menor o puntual que no exige el sometimiento al proceso de negociación previa.

1-14, Rec. 432/12, RJCA 291, lo que no se cumple con una supuesta negociación que no es tal por acelerada, breve y sin posibilidad real de las organizaciones sindicales de argumentar suficientemente, contrastar documentación, etc.

³⁰ STS 2-7-08, Rec. 1573/04, RJ 6725.

³¹ TS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800.

³² STS 18-7-10, Rec. 3157/08 en relación con la exigencia de permiso de conducir.

³³ Entre otras, STSJ Sevilla 21-3-06, Rec. 2194/03, JUR 298434 y STSJ País Vasco 20-6-08, Rec. 1684/04, RJCA 97/09 – que resalta además como esa actuación implica consecuencias retributivas al determinar el nivel de esos puestos, lo que ratifica la obligación de negociar -.

³⁴ STS 8-11-13, Rec. 3105/12, lo que contradice alguna doctrina inferior que había entendido que la amortización de puestos podía no afectar a las condiciones de trabajo tal como entendía STSJ Madrid 29-10-13, Rec. 1125/12, RJCA 964

³⁵ STSJ Asturias 7-4-05, Rec. 1500/03, JUR 130218.

³⁶ STS 6-10-08, Rec. 2966/05, RJ 7467.

³⁷ STSJ Madrid 20-1-06, Rec. 2890/03, RJCA 626 y 20-12-04, Rec. 2477/02, RJCA 834/06.

³⁸ STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972.

³⁹ STS 8-4-09, Rec. 10189/04, JUR 255930.

Precisamente por eso y por considerar que la aprobación de la plantilla que las entidades locales hacen anualmente está vinculada a la RPT, no pudiendo alterar los términos de la misma, se ha entendido que no es obligada su negociación, sin perjuicio, claro es, de su nulidad cuando a través de ella se pretenda alterar la RPT, por ejemplo incorporando nuevos puestos, o modificar los requisitos de los mismos, o se intente ordenar el contenido, valoración, etc. de los puestos de trabajo⁴⁰.

c) Aspectos de protección social. En ellos, como cuestión más polémica, se ha entendido que entra dentro de los criterios generales negociables, no constituyendo ejercicio de la potestad de organización de la Administración, la determinación del sistema de protección frente a accidentes de trabajo y de determinación de la Mutua que dispensará esa protección⁴¹.

También se ha considerado que no constituía materia retributiva y por tanto no entraba en colisión con las limitaciones presupuestarias al respecto, sino que se trataba de negociación sobre medidas propias de la materia asistencial, el establecimiento de un seguro de vida que cubría determinados riesgos de invalidez y fallecimiento⁴² o en general las materias de acción social para activos y jubilados⁴³, sin perjuicio, claro es, de que la propia norma presupuestaria establezca lo contrario y limite la negociación al respecto, directa o indirectamente.

Son ejemplos que pueden perfilar lo que sería o no negociable.

En todo caso, además de esos precedentes, para perfilar exactamente las materias negociables, debe tenerse en cuenta la naturaleza de las normas que regulan el régimen jurídico profesional de los funcionarios públicos pues eso determinará las posibilidades reales de negociación y al respecto no necesariamente son siempre normas absolutamente imperativas; existen también normas de mínimos y dispositivas o remisiones directas al desarrollo reglamentario que, en consecuencia, permiten la negociación en relación con esas cuestiones.

En el EBEP existían buenos ejemplos de esta recepción de normas negociables, por citar sólo algunos casos pueden enunciarse los siguientes: el régimen de prórroga de los Pactos y Acuerdos es una norma dispositiva, que sólo se aplica en defecto de pacto (art. 38.11, 12 y 13).

La jornada de trabajo quedaba en el EBEP sin concretar, remitida a lo que se establezca por las Administraciones en cada ámbito y por lo tanto plenamente abierta a la negociación con previsión incluso de jornadas especiales (art. 47), que por cierto es aplicable en esos mismos términos en las Administraciones Locales. Al amparo de esa posibilidad y previos los trámites de negociación, la Generalitat de Catalunya aprobó el régimen de la jornada y horarios de sus empleados mediante el Decreto 56/2012, de 29 de mayo, publicado en el DOGC de 31 de mayo.

Una norma dispositiva y además de mínimos aparecía en el EBEP al concretar los permisos de los funcionarios - Las Administraciones Públicas determinarán.... (luego se podrá negociar) En defecto... serán, al menos, los siguientes – (luego lo previsto “en defecto” es un mínimo) (art. 48).

Las condiciones de los permisos por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral y por razón de género se califican de “condiciones mínimas” (art. 49).

Normas de mínimos aparecen claramente en varios aspectos, por ejemplo, al determinar la retribución de los funcionarios en prácticas (art. 26), al establecer las vacaciones (artículo 50).

⁴⁰ Al respecto STS 9-4-14, Rec. 514/13; y sobre la vinculación de la plantilla a la RPT, además de la indicada, STS 20-10-08, Rec. 6078/04, RJ 7800 – que confirma incluso la inadecuación de la plantilla para alterar el contenido de los puestos de trabajo y su valoración, incluso aunque la RPT estuviese pendiente de aprobación. También, entre otras muchas, STSJ País Vasco 3-12-13, Rec. 1351/11, JUR 143398 (2014).

⁴¹ STS 23-6-03, Rec 3720/97, RJ 4444.

⁴² STS 25-6-07, Rec. 3910/02, RJ 5544.

⁴³ STS 20-12-13, Rec. 7064/10, RJ 8238.

En otros casos aparecen directamente remisiones reglamentarias que, por lo tanto, posibilitan la negociación como, por ejemplo, en cuanto a las indemnizaciones por traslado (art. 81.2).

Son ejemplos, que deberían haberse extendido y que vienen a confirmar que la norma legal no necesariamente ha de ser absolutamente imperativa, sino que, conservando aspectos con esa naturaleza, puede en otros muchos terrenos abrir caminos a la negociación colectiva.

Al respecto es importante señalar, además, la necesidad de que las normas que desarrollen el EBEP y cualquier otra norma en el mismo sentido, especialmente en el ámbito autonómico, respeten esta forma de legislar y mantengan ese carácter mínimo – o dispositivo según los casos – de los preceptos que establezcan.

También es imprescindible que respeten el ámbito regulador de las diferentes Administraciones y especialmente la autonomía local, tan maltratada por algunas disposiciones legales recientes.

En el fondo, allí donde el EBEP remite una materia a lo que en cada Administración se establezca hay una norma básica que respetar que no es otra, precisamente, que la de preservar el ámbito regulador de cada Administración; en estos casos la voluntad legal es que la materia no sea objeto de una regulación que imponga a una Administración soluciones distintas a las que ella adoptaría.

Lo que ocurre es que esta visión del EBEP favorable a la negociación colectiva en el empleo público ha sido corregida por algunas normas posteriores, justificadas en razones de urgencia y sobre las que solo cabe desear que se vuelva a la normalidad en un plazo corto, reabriendo las posibilidades de negociación.

En este sentido, el RDL 20/2012, de 13 de julio, ya citado, altera algunos de los preceptos del EBEP que permitían la negociación sobre ciertos aspectos y precisamente para impedir dicha negociación o, al menos, para limitarla considerablemente.

Así por ejemplo altera la redacción del art. 48 del EBEP sobre permisos de los funcionarios – cuya redacción original ya cité – para eliminar el carácter mínimo de los mismos; ahora la norma dice literalmente: “*los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:...*”, lo que parece conferir carácter imperativo a la regulación, aunque subsiste la regulación de las condiciones en materia de conciliación, en la que se ha mantenido su carácter de condiciones mínimas.

A su vez, el art. 8.tres de la citada norma suspende y deja sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios relativos a permisos por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza. Esta disposición, además de su evidente inadecuación, es claramente objetable por la absoluta falta de urgencia y necesidad de la misma, ya que no se aprecia su impacto sobre la situación económica de las Administraciones Públicas.

Similar disposición, en cuanto a la privación de efectos de Acuerdos, Pactos y Convenios, se establece en el art. 10 del citado RDL en relación con la materia relativa a crédito horario, liberaciones y nombramiento de delegados sindicales, en cuanto excedan de lo dispuesto en las normas legales; aunque aquí al menos se mantiene la posibilidad de que la materia se pueda seguir negociando pero solo en las Mesas Generales. Por otro lado, en materia de delegados sindicales no se entiende muy bien la referencia a lo que exceda de las disposiciones legales, teniendo en cuenta que la Ley Orgánica de Libertad Sindical en cuanto al número de delegados sindicales señala que este será el pactado y solo a falta de acuerdo la propia ley fija una escala; si la regulación del RDL pretende eliminar la primera posibilidad establecida en la norma orgánica, que como tal es la regla general (determinación por pacto), podría cuestionarse si tiene rango suficiente para hacerlo.

En general la suspensión de todos los Acuerdos, Pactos y Convenios contrarios al citado RDL se establece en el art. 16 del mismo.

En materia de jornada, la DA 71ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales para 2012, confirmando lo dispuesto en el art. 4 del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público,

establecía la jornada general de todo el sector público en 37,5 horas de trabajo efectivo semanal en promedio en cómputo anual, suspendiendo los Acuerdos, Pactos y Convenios que contradijesen esa jornada y obligando a la adaptación de las jornadas especiales existentes o que se pudieran establecer a esa regla⁴⁴. Se limitaba así, seriamente, la competencia de las diferentes Administraciones en la materia y, consiguientemente, también las posibilidades de negociación, lo que es difícilmente comprensible, sobre todo en materia de jornadas especiales en las que parece que, la autonomía de cada ente público para conocer sus necesidades específicas, debería justificar mantener el criterio de determinación flexible en cada uno de ellos de las mismas.

Este crecimiento de la imperatividad en las normas limita considerablemente las posibilidades de negociación colectiva en cuanto que, como es lógico, la misma ha de respetar necesariamente las citadas normas imperativas⁴⁵.

6. DURACIÓN Y PRÓRROGA DE LOS PACTOS Y ACUERDOS

Las partes que han negociado los Pactos y Acuerdos son las que deben fijar la duración de los mismos (art. 38.4 EBEP – les corresponde establecer el ámbito temporal -), sin que al respecto existan límites legales, más allá del sometimiento a la legislación presupuestaria que puede hacer que los pactos plurianuales en la materia tengan una eficacia condicionada y de las posibilidades ya analizadas de suspensión o modificación excepcional de lo acordado, así como de las previsiones sobre ratificación de los Acuerdos.

En cambio su vigencia no queda condicionada, tal como se analizó, por la falta de derogación de normas reglamentarias anteriores opuestas a lo pactado, pues dicha derogación es automática a raíz de la publicación de lo pactado, debiendo producirse la derogación expresa solamente a efectos formales.

Corresponde también a las partes fijar el régimen de prórroga de los Pactos y Acuerdos, disponiendo el EBEP (art. 38.11) que la falta de denuncia motiva que los mismos se prorroguen anualmente salvo que otra cosa se haya pactado, luego es una norma como se dijo dispositiva.

En cuanto a la posible prórroga una vez finalizada su vigencia y denunciados, se estará a lo que pueda haberse pactado, pero en su defecto, no parece que se prorroguen (art. 38.12 EBEP), ni siquiera por un año como ocurre con los convenios del personal laboral, sujetos en la materia al art. 86.3 ET, que permite también pactar al respecto pero, en defecto de pacto, establece la prórroga pero sólo durante ese breve período.

Por otro lado en la materia rige el principio de sucesión normativa, por lo que el Pacto o Acuerdo posterior deroga el anterior, sin perjuicio de que, obviamente, puede optar por mantener algunas de sus disposiciones, a cuyo efecto dicho mantenimiento se producirá en los términos que el Pacto o Acuerdo establezca.

7. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL PERSONAL LABORAL

La negociación colectiva del personal laboral se sujeta a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, pero en todo caso deben tenerse en cuenta los límites que representan:

1º) La posibilidad de negociación conjunta.

⁴⁴ La modificación legal motivó que se dictase la instrucción sobre jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado, aprobada por resolución de 28 de diciembre de 2012, publicada en el BOE de 29 de diciembre, que, por lo menos, confirmaba la obligación de negociación del calendario laboral – que era clara ya con anterioridad, como puede verse por ejemplo en STSJ Valladolid 24-10-13, Rec. 426/12, JUR 349246 - y las posibles jornadas especiales, aunque sujeta a los límites derivados de la propia instrucción.

⁴⁵ Por todas y solo a título de ejemplo de una doctrina sobradamente conocida, STS 18-1-10, Rec. 4228/06.

2º) Las limitaciones presupuestarias, que son de necesario respeto.

3º) El mayor grado de imperatividad que existe en ciertas normas de aplicación general en todo el empleo público que dificulta o impide la negociación en esas materias (régimen disciplinario, dedicación, régimen de ingreso y selección del personal, etc.).

En todo caso la aplicación de la legislación laboral conduce a diferencias importantes en el procedimiento negociador entre las que se pueden destacar, por ejemplo:

1ª) La libertad de ámbitos de negociación

2ª) La legitimación dual para negociar – representaciones unitarias o representaciones sindicales -.

3ª) El régimen de descuelgue o modificación de lo negociado, que antes del RDL 20/2012 parecía sujeto a las previsiones de los artículos 41 y 82 y siguientes ET, pero que después se sujeta a un régimen similar al de los funcionarios, conforme al art. 32.2. EBEP, que por otro lado parece que para este personal laboral excluye la aplicación de las previsiones del art. 82 ET en la materia, pues conforme al citado art. 32 EBEP se garantiza el cumplimiento de los convenios que afectan a este personal, salvo que sea aplicable la previsión del art. 32.2 EBEP que parece así alternativa a las regulaciones específicas de la legislación laboral. Sobre esta aplicación del art. 32.2 EBEP cabe remitirse a cuanto se expuso en relación con los funcionarios, ya que la situación es similar, en todo caso con las dudas de constitucionalidad que suscita, sobre todo por la amplitud de la previsión legal.

Conviene tener en cuenta que la posibilidad es aplicable solamente desde la modificación que introdujo el ya citado RDL 20/2012, pues antes no había ninguna previsión similar a la que existía para los funcionarios que, en atención a su ámbito de aplicación funcional, no regía en relación con el personal laboral⁴⁶.

4ª) La condición de mínimos de muchas de las regulaciones laborales, más que en el ámbito funcional, lo que permite un mayor espacio de negociación⁴⁷.

5º) El régimen de vigencia y prorroga de los convenios – que puede ser pactado – pero que en defecto de pacto hace que los convenios pierdan vigencia al año de haber concluido el período de duración previsto si se han denunciado.

Por otro lado, las conclusiones que anteceden sobre la negociación laboral en las Administraciones Públicas son en general aplicables a las entidades empresariales públicas y a cuantas instituciones de las Administraciones se rijan por reglas de derecho privado.

8. SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS

Lógicamente las relaciones de empleo en el ámbito público dan lugar a numerosos conflictos entre la Administración empleadora y sus trabajadores, ya sean estos funcionarios o laborales.

Dichos conflictos generalmente encuentran cauce de solución en muchos casos a través de los órganos judiciales y en cuanto a los tipos de conflictividad cabe señalar que son muy parecidos, por no decir iguales a los que en el ámbito privado se dan: conflictos de intereses o jurídicos, conflictos colectivos e individuales, conflictos de ruptura de la negociación y de interpretación y aplicación de lo pactado, etc.

Al igual que en el ámbito privado la solución extrajudicial se ha ido abriendo paso, también en el ámbito del empleo público ha empezado a extenderse la sensación de que la solución extrajudicial

⁴⁶ Por ejemplo, STS (Social) 14-11-12, Rec. 241/11, RJ 177 (2013) y STSJ (Social) Catalunya 11-11-11, Rec. 4595/11, JUR 335132.

⁴⁷ Un buen ejemplo de análisis judicial al respecto puede verse en STSJ (Social) Las Palmas 28-7-11, Rec. 1634/10, AS 9 (2012), incluso con extenso análisis de la relación entre el EBEP y las normas laborales estatales y convencionales.

podría encontrar sentido en numerosos conflictos y presentar ventajas sobre la solución judicial o la decisión unilateral de la Administración empleadora.

Ello ha hecho que el EBEP contuviese unas previsiones al respecto en su artículo 45, que son las que seguidamente analizaré, tanto en lo que afecta a las posibilidades que de las mismas derivan, como en relación a la posible concreción en la práctica de esas posibilidades.

Antes de hacerlo conviene introducir dos precisiones:

1ª) Ya en algunos ámbitos ciertos conflictos colectivos relativos al personal laboral de algunas Administraciones Públicas se resolvían en los organismos de solución extrajudicial. En realidad podía entenderse que existía cobertura para ello en el art. 91 del ET pues, en esos supuestos, la Administración actúa conforme al ordenamiento laboral, aunque con la específica posición que le da su carácter público que la sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, etc.

2ª) Otra parte de lo que económicamente puede considerarse sector público está ya incluida, sin duda, en el ámbito de los organismos de solución extrajudicial creados al amparo del art. 91 del ET y en este caso sin problemas. Se trata de lo que podríamos denominar el sector público empresarial, es decir el conjunto de empresas y entidades que, aunque hayan sido creadas por una o varias Administraciones Públicas, actúan como entes con personalidad propia, muchas veces como sociedades mercantiles, y se sujetan en su actuación al ordenamiento privado. Estas empresas y entidades quedan vinculadas por los Acuerdos ya suscritos y en concreto por el ASAC y los respectivos ASAC de las Comunidades Autónomas.

Cuestión distinta en relación con estas entidades y empresas es si los mismos les son directamente aplicables. Al respecto, como se sabe, hay dos tipos de ASAC, los que requieren un acto posterior de ratificación y adhesión y los que tienen ya eficacia inmediata.

En relación con estos últimos, es evidente que su eficacia alcanza a este sector público empresarial que queda obligado a la solución extrajudicial en los términos del Acuerdo.

En cuanto a los primeros, esto es, a los que requieren ratificación o adhesión, la aplicabilidad dependerá de que se haya producido la misma o no. En ese sentido, si la empresa o entidad cuenta con convenio propio, el instrumento de ratificación o adhesión debería haber sido un pacto, normalmente incluido en el propio convenio. Si la empresa o entidad no cuenta con convenio propio se le aplicará la solución que sectorialmente se haya establecido, esto es, si el sector ha ratificado la aplicación del ASAC estatal o de comunidad autónoma, esa ratificación vincula también a la empresa o entidad en cuestión; por el contrario, si el sector no ha ratificado la aplicación del Acuerdo correspondiente y tampoco se hace mediante un pacto específico en la empresa, éste no vinculará hasta que dicha ratificación se produzca.

En el caso de que el ASAC resulte aplicable, lo será en los términos actualmente establecidos – mediación obligatoria y arbitraje voluntario – y conforme a las previsiones legales en cuanto a supuestos específicos (descuelgues de convenios estatutarios).

Hechas estas precisiones conviene, pues, analizar lo que sigue en relación con el sector público en sentido estricto, esto es, con el personal laboral y funcionario al servicio de las Administraciones Públicas y entidades creadas por las mismas y sujetas en su funcionamiento a un régimen de derecho público en cuanto a las relaciones con sus empleados (por ejemplo, personal estatutario de las instituciones sanitarias), teniendo en cuenta en todo caso que en general estas previsiones aún no han sido objeto del correspondiente desarrollo para que puedan entenderse en vigor.

El EBEP parece establecer sus previsiones en relación especialmente con los conflictos colectivos derivados de los desacuerdos en los procedimientos negociales y de los problemas de interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos.

Ese sería, pues, el ámbito objetivo sobre el que legalmente se proyecta la posibilidad de solución extrajudicial de los conflictos en el ámbito del empleo público.

Este ámbito no podría desbordarse en atención, entre otras razones, a la vinculación al principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos, conviene pues analizar los conflictos que podrían quedar dentro de este marco.

Así podemos enumerar los siguientes conflictos:

1º) La solución de los desacuerdos en los procesos de negociación colectiva

Lógicamente los procesos negociales en el ámbito de la función pública, al igual que en el ámbito privado, pueden acabar sin acuerdo.

A diferencia de ese ámbito privado en el que ninguna parte puede imponer a la otra la regulación de las condiciones, más allá de lo que esté previsto en las normas legales y en su desarrollo reglamentario, en el ámbito de la función pública la Administración recupera, ante el desacuerdo, sus prerrogativas como tal y su superioridad sobre los particulares; en concreto, recupera su capacidad para regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos salvo, claro es, que hubiese alguna disposición en el Pacto o Acuerdo anterior al respecto que, por ejemplo, prorrogue la vigencia del mismo hasta que se alcance un nuevo acuerdo, en cuyo caso a ella habría que estar.

En estas situaciones, la recuperación unilateral de la capacidad de regulación administrativa no es congruente con las disposiciones de los artículos 7 y 8 del Convenio 151 de la OIT y las de los artículos 5 y 6 del Convenio 154 de la OIT, bien que este último, en su artículo 1.3, prevé que se puedan establecer a nivel nacional peculiaridades en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Era preciso que se estableciese alguna salvedad que limitase la actuación unilateral; eso es lo que precisamente hace el EBEP que prevé en su artículo 45 la creación convencional de sistemas de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos en relación con todas las materias objeto de negociación salvo, lógicamente, las que cuenten con reserva legal, aunque, en la medida que sí que es negociable el proyecto de ley que en relación con ellas pueda remitirse parece que, salvo en aquellas materias que están expresamente excluidas de la posibilidad de negociación, nada impide la solución extrajudicial en aspectos que luego deban regularse legalmente, solución que versará exclusivamente, eso sí, sobre la propuesta legislativa que en su caso deba realizarse.

Cabe entender, pues, que todos los conflictos derivados de la ruptura de las negociaciones de Pactos y Acuerdos son objeto de los sistemas de solución extrajudicial en el ámbito del empleo público.

2º) La interpretación de los Pactos y Acuerdos.

La interpretación de los Pactos y Acuerdos puede efectuarse de muchas formas, desde una reclamación individual, que conducirá a que, para un supuesto concreto, se interprete de un determinado modo el texto convenido, hasta la propia utilización de los sistemas de solución extrajudicial a los que se acaba de hacer mención.

El EBEP afecta a dos posibilidades de interpretación: la interpretación interna mediante las comisiones paritarias de seguimiento y la solución extrajudicial.

En cuanto a la solución extrajudicial, baste señalar que normativamente se contempla que los procedimientos de solución extrajudicial, concretamente de mediación y arbitraje (EBEP art. 45), puedan solucionar, no sólo los conflictos de negociación a los que ya se hizo referencia, sino también los de aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, equiparando las soluciones a la eficacia de éstos siempre que se hubiesen respetado las respectivas reglas de legitimación, por lo que en realidad en estos procedimientos, como regla general y en atención a que debe buscarse esa solución general, tendrán que estar presentes, o al menos ser llamados, todos los sujetos con legitimación negocial en el ámbito del conflicto.

El precepto determina también las posibilidades de impugnación contra las soluciones que se produzcan en estos procedimientos extrajudiciales, incluso permitiendo un control relativo de fondo sobre la solución obtenida en sede extrajudicial, pues entre los motivos de impugnación se incluye la ilegalidad de la misma.

Se puede apreciar que el ámbito normal de actuación de estos procedimientos de solución extrajudicial es la conflictividad que gira en torno a la negociación colectiva (inexistencia de acuerdo, problemas de aplicación, problemas de interpretación). En general se aprecia, también, que se está pensando esencialmente en la conflictividad colectiva.

3º) La exclusión de los conflictos individuales.

Como se acaba de decir, toda la regulación del EBEP está pensada para los conflictos colectivos.

Las cuestiones individuales están sujetas a trámites administrativos específicos (reclamación previa para el personal laboral, recursos administrativos para el personal funcionarial). En la medida que nada se dice acerca de la posible sustitución de esos trámites administrativos, parece claro que no se contempla la solución de estos conflictos individuales, lo que parece acertado, al menos en un primer momento, por el número y diversidad de los mismos que podría hacer inviable su gestión por un organismo de solución extrajudicial.

En la medida que los trámites o recursos administrativos específicos no se sustituyan – lo que el EBEP posiblemente podía haber hecho, pero no lo ha hecho (recuérdese que la vigente regulación del procedimiento administrativo permite la sustitución de algún recurso por el acogimiento a órganos incluso arbitrales) -, no parece lógico que se añada a los mismos un intento de solución extrajudicial.

Puede decirse, pues, que conforme al EBEP y por el momento los conflictos individuales están fuera de las previsiones legales acerca de la solución extrajudicial de los conflictos de los empleados públicos.

4º) El papel reservado a las comisiones paritarias o de seguimiento en relación con los conflictos sujetos a solución extrajudicial.

Que se prevea la solución extrajudicial de los conflictos de interpretación y aplicación, no quiere decir que se prive de esta función a las comisiones paritarias o de seguimiento o que se disminuya o minusvalore su importancia.

Al contrario, el artículo 38.5 del EBEP prevé la posibilidad de que las partes firmantes de los Pactos y Acuerdos establezcan comisiones de seguimiento de los mismos.

La composición de estas comisiones y sus funciones quedan indeterminadas en la norma, que simplemente alude a ellas, señalando que serán paritarias y que su composición y funciones serán las que decidan las partes negociadoras.

En cualquier caso parece claro que resulta aplicable la doctrina establecida en materia laboral acerca de la diferenciación entre comisiones de seguimiento y comisiones negociadoras, entendiéndose que en las primeras sólo tienen derecho a estar presentes los sindicatos que han negociado y firmado el Acuerdo o el Pacto, conclusión que, por supuesto, es la que habría que tener en cuenta en materia de comisiones paritarias en el ámbito laboral.

Debe destacarse, pues, que no todos los sindicatos legitimados para estar en la Mesa estarán, en su caso, en estas comisiones, sino solamente los firmantes del Acuerdo.

Teniendo en cuenta cuanto se acaba de exponer, corresponde a las partes fijar la concreta composición de la comisión y el reparto de puestos en la misma, que deberá responder a criterios de proporcionalidad o razonables, pues incluso en relación con cualquier tipo de comisiones se ha establecido, con acierto, el criterio de que el respeto a la libertad sindical, al principio de no discriminación, y podría añadirse que la interdicción de la arbitrariedad, obligan a que su

composición responda a criterios de “*objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad*”⁴⁸. Así pues, no sólo deberá respetarse el derecho a formar parte de todos los sindicatos firmantes del Pacto o Acuerdo, sino que la distribución de puestos entre los mismos deberá responder a esos criterios razonables y de proporcionalidad mencionados.

En cuanto a las funciones, pueden ser muy variadas: estudio de temas, preparación de futuras negociaciones, recomendaciones, etc. pero, además, pueden realizar actuaciones interpretativas y en orden a la eficacia de lo pactado, tal como ocurre con las comisiones paritarias de los convenios, pues no parece difícil incardinar dichas funciones en el seguimiento de lo pactado y está expresamente prevista en el art. 45 del EBEP.

La duda no está, pues, en cuanto a los límites de sus funciones, sino en la determinación de la eficacia que pueda atribuirse a esas actuaciones relativas a la interpretación y aplicación de lo pactado.

Sin duda al respecto hay que remitirse, en primer lugar, a lo negociado, admitiendo que, si así se ha acordado, esas actuaciones interpretativas o de seguimiento pasen a formar parte del Pacto o Acuerdo o gocen de la misma eficacia que éste.

Claro es, ello en materia de Pactos no plantea especiales problemas, pero en materia de Acuerdos suscita la duda de si el órgano de gobierno tiene también reservada la facultad de aprobación del acuerdo de la comisión de seguimiento.

A este respecto nuevamente hay que remitirse a lo pactado y no parece imposible admitir que, si así se acordó y fue ratificado por el correspondiente órgano de gobierno al aprobar el Acuerdo, pueda prescindirse del acto de ratificación siempre, claro es, que la actuación de la comisión de seguimiento se atenga a sus funciones (interpretativas y de seguimiento) y no altere los términos del Acuerdo.

Por lo demás, nada impide que las partes atribuyan en sus Acuerdos o Pactos otras funciones a estas comisiones, lo que es perfectamente negociable⁴⁹.

Al margen de este papel reservado a las Comisiones de seguimiento y volviendo a la solución extrajudicial, el EBEP alude a procedimientos de mediación, obligatoria a petición de una de las partes, y de arbitraje voluntario, atribuyéndose a los acuerdos en mediación y a los laudos arbitrales la eficacia propia de los Pactos y Acuerdos, sujeta, claro está, a los requisitos de legitimación correspondientes y permitiéndose su impugnación, determinándose expresamente que cabrá recurso contra el laudo cuando no observe los requisitos y formalidades de procedimiento establecidos – aunque deberá cometerse una infracción grave de ellos –, o cuando la resolución verse sobre puntos no sometidos a arbitraje o contradiga la legalidad vigente.

Puede verse que esta regulación es, como por otra parte cabía esperar, relativamente similar a la que en el ámbito laboral se contempla en el artículo 91 ET y que permite un recurso relativamente amplio contra el posible laudo.

La previsión se completa, con pleno acierto, con la afirmación de que la recuperación de la capacidad de regulación unilateral por la Administración se producirá solamente tras el agotamiento, en su

⁴⁸ STSJ Burgos 24-5-04, Rec. 10/04, RJCA 436.

⁴⁹ Resolviendo supuestos concretos, se admite judicialmente que ningún vicio hay al respecto de la atribución de funciones a estas comisiones si sus decisiones no son vinculantes sin posibilidad de recurso para la entidad y los funcionarios (STSJ Comunidad Valenciana 9-11-05, Rec. 1208/02, JUR 26007), incluso aunque comprendan facultades lógicas de interpretación y aplicación del acuerdo e incluso labores conciliadoras y arbitrales (laudos), siempre que se reconozca la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente, lo que hace que no puedan considerarse absolutamente vinculantes los mismos (STSJ Castilla-La Mancha 28-2-05, Rec. 398/01, RJCA 222).



caso, de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos y a salvo de lo dispuesto en materia de prórroga de los Pactos y Acuerdos, en los términos ya analizados.

Hasta aquí un repaso a algunas de las cuestiones esenciales en torno a la negociación colectiva en el empleo público, cuyo reconocimiento constituyó, en mi opinión, una opción acertada con la que se debería ser más consecuente, incluso en los momentos de crisis y recortes.