

LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO ESTABLECIDAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL

(INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA Y AUTONÓMICA Y DE LOS PLANES DE AJUSTE)

Carlos L. Alfonso Mellado

Catedrático de Derecho del Trabajo y
Seguridad Social
Universidad de Valencia

INTRODUCCIÓN.....	1
1. EL FUNDAMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.	2
2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL.....	4
3. UNA BREVE REFERENCIA A LA EFICACIA DE LO NEGOCIADO.....	5
1º La eficacia de los Pactos	6
3º La específica eficacia de los Acuerdos en materias sujetas a reserva de ley.....	8
4. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES PACTADAS POR EL IMPACTO DE UNA LEY POSTERIOR.....	10
1º Posibilidad de que una ley incida en los convenios en vigor.....	10
2ª Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas.....	11
5. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL PACTO O ACUERDO AL AMPARO DEL ART. 38.10 ET.....	14
1º El ámbito aplicativo de la medida del art. 38.10 EBEP.....	14
2º Los elementos que deben concurrir para que la medida pueda adoptarse	16
3º Los instrumentos a través de los que la medida puede aplicarse	19
4º Las consecuencias de la medida.....	20
6. CONCLUSIONES.....	21

INTRODUCCIÓN.

En los últimos tiempos ha empezado a ser frecuente que, al amparo de la situación de crisis y de la situación presupuestaria de los entes públicos, se dejen sin efecto determinados compromisos adquiridos por las Administraciones Públicas en el marco de procesos de negociación.

Lo cierto es que generalmente esas actuaciones se producen alegando la aplicación de las previsiones del art. 38.10 EBEP, aunque ciertamente en ocasiones no parece que esas actuaciones se atengan a las reglas previstas en el citado precepto, en cuanto que se adoptan mediante disposiciones con rango de ley, ya estatal, ya autonómica.

Lo cierto es que estas situaciones están planteando notables problemas a cuyo estudio se dedica cuanto sigue, si bien hay que diferenciar tres supuestos: la modificación de condiciones mediante una ley que pretenda la ilegalidad sobrevinida de lo previamente pactado, la aplicación del art. 38.10 EBEP y, finalmente, los mecanismos previstos en la propia legislación laboral en relación con los convenios colectivos que afecten exclusivamente al personal laboral, a los que haré simplemente una muy breve referencia por no ser objeto directo de esta aproximación.

Además inicialmente procede recordar algunas consideraciones generales sobre la negociación colectiva, especialmente en el ámbito funcionarial.

1. EL FUNDAMENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.

Para iniciar el estudio de las cuestiones indicadas, lo primero es indagar si la negociación colectiva en el ámbito funcionarial y, por extensión, la conjunta para todos los empleados públicos tiene un fundamento constitucional o es creación meramente legal.

Parece evidente que la negociación colectiva de los empleados sujetos a relación laboral encuentra un claro fundamento constitucional (28 y 37.1 CE) que no ha sido cuestionado, pero la situación no es igual en relación con la negociación funcionarial.

En efecto, el distinto régimen jurídico que regula las relaciones de empleo de los funcionarios en relación con el aplicable a los empleados sujetos a relación laboral, alcanza también la regulación de los derechos colectivos.

Ciertamente los funcionarios tienen reconocido el derecho de libertad sindical, pero con peculiaridades que deberán ser establecidas por la ley ordinaria, tal como se desprende de los artículos 28.1 CE y 103.3 CE.

Lo cierto es que el legislador ordinario adoptó la decisión de incluir a los funcionarios, con algunas salvedades relativas a ciertos colectivos, en la LOLS y prácticamente con una regulación unitaria en relación con las personas sujetas a relación laboral.

Las peculiaridades, posibles en atención a la CE, prácticamente no existían en la LOLS o se remitían a lo que en otras leyes se estableciese – por ejemplo en materia de órganos representativos en las administraciones (Disposición Adicional 2ª LOLS) - ¹ pero dichas peculiaridades existen, al menos en interpretación jurisprudencial, y ello crea no pocos problemas aplicativos.

En cualquier caso, de momento, baste dejar establecido el hecho de que los funcionarios tienen reconocido el derecho de libertad sindical pero con posibles “peculiaridades”, si bien el EBEP ni siquiera se refiere expresamente a esas peculiaridades.

En cuanto al derecho de negociación colectiva, realizando una interpretación estricta del concepto de trabajadores y empresarios utilizado en el artículo 37.1 CE, se ha entendido que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios no emana del citado precepto². Es más, pese a que tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE implica, como contenido esencial, el reconocimiento de los derechos de huelga y negociación colectiva³, en materia de funcionarios se entiende que no necesariamente aquél derecho conlleva, como núcleo esencial, el reconocimiento de un derecho de negociación colectiva que conduzca a instrumentos jurídicos vinculantes similares a los existentes en el ámbito de las relaciones laborales, lo que lleva a negar, en consecuencia, que el derecho de negociación colectiva vinculante de los funcionarios emane del artículo 28.1 CE, como contenido esencial del derecho de libertad sindical⁴, aunque sí, lógicamente, dimanara de dicho precepto un derecho de

¹ Opción que se declaró ajustada a la Constitución en la STC 98/1985, de 29 de julio, que resolvió el recurso formulado contra la LOLS, FJ 1.

² Por todas, SSTs (Social) 19-4-91 y 17-6-91, RJ 5149 y 6238.

En principio, salvo que se indique otra cosa, las sentencias que se citan son del orden contencioso-administrativo.

³ Por ejemplo, STC 9/1988, de 25 de enero, FJ 2º, llegando a señalar que dichos derechos, junto a la de incoación, de conflictos constituyen un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical.

⁴ Al respecto STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 9. No obstante, esta sentencia debe ser examinada en su contexto, anterior a la LOLS y, sobre todo, anterior a la ratificación por España del Convenio 151 OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, que se alegó y el propio TC admite que no puede ser objeto de examen al no haber sido ratificado por España, lo que se produjo en 1984, por instrumento publicado en el BOE de 12-12-84.

negociación menos vinculante, centrado esencialmente en la participación e interlocución sobre las condiciones de trabajo de aquellos.

Ahora bien, el derecho de negociación colectiva de los funcionarios fue reconocido por la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modificada al respecto por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos.

En la actualidad el derecho continúa reconocido en los artículos 31 y siguientes del EBEP, si bien en términos muy diferentes a los que están establecidos para el personal laboral en el ET, admitiéndose, pese a ello, la negociación conjunta, esto es, de eficacia conjunta a laborales y funcionarios.

A partir de la vigencia de la LORAP se admitió la posibilidad de negociación colectiva,⁵ pero aludiendo a su origen legal y, por lo tanto, en los términos en que la ley ordinaria lo configuraba⁶, aunque desde su introducción legal puede ser considerado como contenido adicional del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos⁷.

En la interpretación jurisprudencial, el origen legal es tan indiscutible que no se admite la existencia de negociación colectiva en relación con los funcionarios antes de que ésta fuese legalmente reconocida⁸.

Sobre esas cuestiones lo que me interesa resaltar ahora es que los funcionarios tienen reconocido el derecho de negociación, pero en términos distintos a los empleados laborales y además mediante una regulación que sigue planteando problemas, además de que la dualidad de sistemas negociales no deja de ser un elemento de distorsión, pero sobre todo que dicha negociación es de origen legal y, por lo tanto, está reconocida en los términos en los que la ley la establece, lo que pueda extenderse a la negociación conjunta para laborales y funcionarios.

Desde esta perspectiva, habría que establecer una primera conclusión: no puede tacharse de inconstitucional la previsión legalmente reconocida de suspensión de los Pactos y Acuerdos en los términos establecidos en el art. 38.10 EBEP.

Claro es, esa legalidad se produce en el marco conjunto en el que se regula la citada posibilidad y por ello debe admitirse siempre que se aplique respetando los principios que rigen la propia negociación colectiva funcionarial, entre ellos los de legalidad y obligatoriedad (art. 33.1 EBEP) y el propio derecho de negociación colectiva, entendido como derecho a negociar la determinación de las condiciones de trabajo (art. 31.1 y 2 EBEP).

Además, ese derecho debe ser interpretado y configurado de conformidad con las previsiones establecidas en los convenios y tratados internacionales ratificados por España.

En este sentido es especialmente relevante el Convenio 151 OIT aprobado en 1978 y ratificado por España, que en su artículo 7 obliga a fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo; el mismo Convenio, en su artículo 8 señala que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo, se deberá tratar de lograr por medio de la negociación o mediante procedimientos imparciales e independientes, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados.

Tampoco lógicamente se valoró el convenio OIT 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, ratificado por instrumento publicado el 9-11-1985.

⁵ Véase al respecto, por ejemplo, comentando como dicha ley ha venido a superar la situación anterior que fue la que interpretó la ya citada STC 57/1982, STS 30-5-92, RJ 4454.

⁶ Por todas STS 19-5-95, RJ 4277.

⁷ STC 80/2000, de 27 de marzo, FJ 6, lo que entre otras cosas puede permitir tutelar el citado derecho en los términos legalmente establecidos como si de tutela de la libertad sindical se tratase. En el mismo sentido de constituir contenido adicional del citado derecho, véase, entre otras, STS 19-5-95, RJ 4277

⁸ Por todas SSTS 29-6-92 y 30-10-92, RJ 5195 y 8397; 18-3-93 y 22-3-93, RJ 2074 y 2116; 6-6-94, 16-6-94, 30-6-94 y 2-11-94, RJ 5108, 5289, 5203 y 8764, entre otras.

Puede verse que España asume, pues, una obligación de respetar la negociación colectiva en el ámbito del empleo público, y otra en la dirección de no resolver unilateralmente por parte de la Administración los conflictos que sobre la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos se produzcan.

Dichas previsiones, ciertamente no hacen imposible una facultad como la que contempla el artículo 38.10 EBEP, que ha sido la vía más utilizada para dejar sin efecto pactos, pero la reconducen a la estricta excepcionalidad que, como parece deducirse la propia redacción legal, debe tener⁹, pues lo normal va ser el funcionamiento pleno de la negociación colectiva y que la misma concluya mediante instrumentos vinculantes. Aunque esta excepcionalidad puede ponerse en cuestión con una interpretación extensiva de las previsiones del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, especialmente de la Disposición adicional segunda del mismo, a la que más adelante aludiré.

2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL.

Un aspecto adicional a tener en cuenta y que, nuevamente, vuelve a demostrar la excepcionalidad que debe tener el supuesto que se analiza, es la obligatoriedad de la negociación colectiva en el empleo público funcionarial.

En efecto, 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 negociación¹⁰ 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 LORAP¹¹, 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 negociación¹².

Por otro lado, la obligación de negociación no queda enervada por la autonomía reconocida a determinadas Administraciones, autonomía que conduce ciertamente a una potestad organizativa

⁹ La consideración de que se trata de un supuesto de uso excepcional es lugar común en la doctrina que se ha ocupado de este precepto.

Por todos y por ejemplo, Palomar Olmeda, A. "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", *Actualidad Administrativa*, nº 144/2009, especialmente págs. 630 y 637 y siguientes.

Algunos autores la han vinculado a lo que en otros ámbitos sería la cláusula *rebus sic stantibus*. En este sentido, por ejemplo, Mauri Majos, J. "Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público", en AA.VV. (Dir. Ortega Álvarez, L.) *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 322, o también Fernández Domínguez, J. J. "Comentario al artículo 38 del Estatuto Básico del Empleado Público", en AA.VV. (Dir. Palomar Olmeda, A. y Sempere Navarro, A. V.) *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 313.

¹⁰ STS 6-2-04, Rec. 7856/1998, RJ 972; STS 4-2-04, Rec. 3686/2001, RJ 886; STS 23-6-03, Rec. 3720/1997, RJ 4444; SAN 4-5-05, Rec. 1/2005, JUR 266281; STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/04 y 24-7-03, Rec. 1792/2000, JUR 241866; STSJ Burgos 8-3-02, Rec. 13/2002, JUR 89762; STSJ Madrid 22-2-03, Rec. 410/2000, RJCA 262/04; STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, JUR 206968, 7-3-04, Rec 148/2002, JUR 22669 y 18-3-04, Rec. 208/2002, JUR 22730; STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec 109/2001, JUR 91825, entre otras muchas.

¹¹ STS 23-6-03, Rec. 3720/1997, RJ 4444.

¹² STS 4-2-04, RJ 886.

que debe compaginarse con el respeto al marco legal establecido en materia de negociación colectiva¹³.

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 Mesa¹⁴, 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 real¹⁵. Tampoco se considera cumplido el trámite con una mera notificación o comunicación de la posición de la Administración¹⁶.

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 misma¹⁷.

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.

Si se comparte todo lo anterior, y no parece posible cuestionarlo, habrá que convenir en que no sería posible un procedimiento que dejase sin efecto, toda esa obligatoriedad, permitiendo fácilmente que, tras haber negociado y convenido, se privase, sin mayores problemas, de eficacia lo pactado, suspendiendo su aplicación o introduciendo modificaciones en lo pactado. De esta manera se habría defraudado la obligación de negociar e incluso se habría actuado en contra de la buena fe negocial.

Una posibilidad de dejar sin efecto lo negociado, cuando se estaba obligado a negociar y además a hacerlo de buena fe (art. 33.1 EBEP), tiene que quedar reducida a supuestos excepcionales en los que intereses superiores justifiquen esa privación del derecho a negociar colectivamente, derecho que lógicamente ha de conllevar, para que sea reconocible como tal, la vinculación de las partes a lo libremente pactado.

En cuanto al personal laboral la vinculación a lo pactado es consustancial con el propio régimen de la negociación colectiva laboral, que no es obligada, pero que una vez asumida obliga al respeto a lo pactado, salvo en los supuestos concretos en los que la ley permite la inaplicación de lo acordado (37.1 CE y 82.3 ET).

3. UNA BREVE REFERENCIA A LA EFICACIA DE LO NEGOCIADO.

Los convenios laborales parece indiscutible que son contratos colectivos normativos, que tienen eficacia jurídica de norma (3.3 ET) y eficacia personal general (82.3 ET), vinculando durante todo el tiempo de su vigencia a los firmantes, salvo a través del mecanismo de inaplicación de las cláusulas del convenio establecido en el art. 82.3 ET.

En cuanto a la negociación colectiva funcionarial se hace preciso un análisis más detallado.

Los Pactos, al igual que los Acuerdos, son fruto de la negociación colectiva en el ámbito funcionarial¹⁸; 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.

¹³ STS 6-2-04, Rec 7856/1998, RJ 972.

¹⁴ STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986/2003, JUR 206968.

¹⁵ STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/2001, JUR 91825.

¹⁶ SAN 4-5-05, Rec. 1/2005, JUR 266281.

¹⁷ STS 2-7-08, Rec. 1573/2004, RJ 6725; SSTSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/2001, JUR 91825 y STSJ País Vasco, Rec. 1684/2004, RJCA 97/09

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, 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”.

1º) La eficacia de los Pactos

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) y los somete a trámites de registro y publicación.

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

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 el instrumento con el que finalizan las negociaciones sobre materias competencia 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, 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.

En todo 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.

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.

¹⁸ Es imposible hacer aquí un análisis detallado de todo el régimen jurídico de la negociación colectiva en el empleo público tras el EBEP; al respecto además de las obras que se han ocupado de comentar en general el citado texto y, por tanto, también de los derechos colectivos en él reconocidos, remito expresamente a Roqueta Buj, R. *El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007. Puede verse también el análisis que realicé, menos extenso que la obra anterior, en *Los derechos colectivos de los empleados públicos en el Estatuto Básico*, Bomarzo, Albacete, 2008.

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 su eficacia general en el ámbito de aplicación, parecen indiscutibles 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”*.

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.

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.

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, 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.

Puede verse, pues, que hasta aquí, en atención a lo expuesto, el carácter vinculante de los Pactos y Acuerdos aparece como consustancial con su propia naturaleza y, por lo tanto, una facultad como la que reconoce el artículo 38.10 EBEP resulta extraña y hasta asistemática en un marco de negociación colectiva, lo que justifica su reducción a supuestos ciertamente excepcionales, tal como parece que se regula legalmente.

3º) 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.

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.

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 nulidad¹⁹. Si bien, como es claro, la obligación es someterse a una negociación, pero en ella nada impone, por otra parte, alcanzar acuerdos²⁰, 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 jurisprudenciales²¹ 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 mínimo (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 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 que se analizarán, 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.

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

¹⁹ Al respecto, aunque siempre en relación con disposiciones reglamentarias, por ejemplo, STS 10-11-94, Rec. 56/1992, RJ 9040; STS 6-3-97, Rec. 2797/1992, RJ 2165 y STS 29-5-97, Rec. 290/1994, RJ 4534.

²⁰ STS 9-2-99, Rec. 341/1996, RJ 2068 y STS 1-3-99, Rec. 355/1996, RJ 2736.

²¹ STS 21-3-02 (2 sentencias), Rec. 739/1996 y 1074/2001, RJ 4319 y 4318, respectivamente.

reanudación de negociaciones se pida por la mayoría de alguna de las partes negociadoras (EBEP art. 38.3).

Atendiendo a lo anterior aparece una conclusión clara; en relación con estos Acuerdos, una vez aprobado el correspondiente texto legal, la posibilidad del artículo 38.10 EBEP carece de sentido; lo que vincula es el texto legal, en los términos en los que se aprueba y sujeto a las modificaciones y vicisitudes que el mismo experimente.

4. LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES PACTADAS POR EL IMPACTO DE UNA LEY POSTERIOR.

Ciertamente esta cuestión es uno de los aspectos más polémicos en el momento actual de la negociación colectiva en el empleo público, no sólo en el funcional sino también en el laboral.

Para analizar esta cuestión, la eficacia vinculante de los Pactos, Acuerdos y Convenios y su relación con leyes que modifican lo pactado, que no es clara y suscita diferentes opiniones, incluso con frecuentes discusiones doctrinales y hasta votos particulares en determinados pronunciamientos, hay que analizar dos aspectos: el primero, la posibilidad en abstracto de que una ley incida en los convenios en vigor; el segundo, la posibilidad de que esa incidencia derive de una ley autonómica.

1º) Posibilidad de que una ley incida en los convenios en vigor

En la actualidad parece innegable que tanto la jurisprudencia ordinaria como la constitucional entienden, sin discusión, que una ley posterior puede incidir en la aplicación de los Pactos, Acuerdos y Convenios vigentes, produciendo la ilegalidad sobrevenida de sus cláusulas en aquello que se oponga a la nueva legislación y, por tanto, conduciendo a la inaplicabilidad de las condiciones afectadas por dicha ilegalidad.

Por señalar resoluciones recientes al respecto, basta con citar los Autos del Tribunal Constitucional, entre otros, de 13 de enero de 2012 (Auto núm 8/2012 – analizando en concreto el impacto sobre convenios vigentes y dictado por el Pleno -; 13 de Diciembre de 2011 (Auto núm. 179/2011); 7 de junio de 2011 (Auto núm. 85/2011 – dictado también por el Pleno resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada frente a la normativa presupuestaria estatal para 2010 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional-), etc.

En definitiva esta doctrina no hace sino reiterar la jurisprudencia constitucional emanada de sentencias como la de 20 de Diciembre de 1990 (STC 210/1990), que es representativa de otras muchas dictadas en igual sentido)²².

El resumen de esa doctrina es que la intangibilidad o inalterabilidad del convenio no se confunde necesariamente con la fuerza vinculante del mismo cuando se ve afectada por una norma legal posterior porque, en virtud del principio de jerarquía normativa, sería el convenio el que debería ajustarse a esa ley.

Lógicamente, lo anterior tiene un límite, la propia Constitución, especialmente en cuanto a la atribución de la competencia legislativa a los diferentes órganos que componen la estructura del Estado.

Esto es relevante porque lo anterior puede, pues, predicarse de la norma estatal pero no tan claramente de las normas autonómicas, remitiéndome a lo que después diré.

En todo caso deben hacerse unas matizaciones en relación con la legislación estatal que conviene tener presentes.

La primera es que lo anterior es aplicable a las normas con rango legal; por el contrario las normas reglamentarias no pueden tener carácter autónomo que contradiga o altere o innove lo

²² SSTC 177/1988, 171/1989, 92/1994, 62/2001, etc.).

En la jurisprudencia ordinaria basta citar al respecto las recientes sentencias en unificación de doctrina STS (Social) 18-4-12 y 24-4-12, Rec. 192/2011 y 60/2011.

regulado legalmente en materia laboral y, en el ámbito funcional, como se ha visto, una norma reglamentaria no puede prevalecer frente a lo pactado en Pactos o Acuerdos durante la vigencia de los mismos o su prórroga en los términos pactados o legalmente establecidos; en todo caso, la vía para dejar sin efecto o modificar esos Pactos o Acuerdos mediante actuaciones reglamentarias, es el artículo 38.10 EBEP al que luego me referiré.

La segunda es que no es imposible que en aquellas materias que pueden ser objeto de regulación por Real Decreto-Ley, la ilegalidad sobrevenida de lo pactado se produzca en atención a una norma de ese rango, sujeta en todo caso a la demostración de la existencia de las razones que la permiten, aunque en la jurisprudencia constitucional más reciente se está admitiendo un amplio margen de discrecionalidad del ejecutivo para determinar las razones de urgencia y necesidad que justifican la adopción de una regulación mediante Decreto-Ley, contemplándose especialmente la relación entre los motivos aducidos en la exposición de motivos, sobre cuya gravedad y valoración se respeta en extremo la voluntad política - incluso sin exigir que la situación fuese imprevisible o admitiendo que pueda derivar de la propia inactividad previa del gobierno -, con las medidas adoptadas, limitándose así el control, en doctrina discutible aunque consolidada, a analizar sobre todo la relación entre los motivos expuestos y las medidas adoptadas²³.

En tercer lugar, habrá que convenir, incluso en virtud de los compromisos internacionales suscritos por el Estado español, que, en todo caso, esta actuación de producir la ilegalidad sobrevenida de lo pactado no puede ser tan extensa y reiterada que llegue a privar de eficacia práctica al derecho de negociación colectiva, convirtiendo en habitual lo que debe ser excepcional.

Como luego se verá, hay que hacer alguna matización que por razones sistemáticas abordaré posteriormente, al hecho de que la vía del artículo 38.10 EBEP se active mediante normas de rango legal, lo que me parece inapropiado como razonaré.

2ª) Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas

Ahora bien, el principio de jerarquía normativa que lleva a la prevalencia de la norma de rango legal frente a los Pactos, Acuerdos y Convenio, debe ejercerse en el marco de la Constitución y, por tanto, sería aplicable solamente en la medida que la legislación de la Comunidad Autónoma no desborde el ámbito competencial que le es propio conforme a la norma constitucional, porque, si así fuese, ese mismo principio obligaría, por rango jerárquico, a aplicar la Constitución antes que la ley autonómica y a negar eficacia a esa legislación contraria a los preceptos constitucionales.

En este sentido, puede concluirse que las Comunidades Autónomas tienen, indiscutiblemente, competencia legislativa, pero no en cualquier materia, sino en aquellas en las que la Constitución se le atribuya.

Al respecto es importante reseñar que, conforme al artículo 149.1.7º de la Constitución Española el Estado tiene la competencia exclusiva en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por las Comunidades Autónomas.

No existe, pues, competencia legislativa alguna de las Comunidades Autónomas en esta materia, la legislación laboral, que ha sido interpretada como la regulación de las condiciones de trabajo, derechos y obligaciones de los trabajadores al servicio de determinados empresarios y de éstos en la relación que mantienen con los primeros.

En esas materias, pues, no cabe regulación legal autonómica²⁴ y entre ellas, ciertamente, está la regulación de la negociación colectiva, contenida en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

Incluso, en materia de negociación colectiva, no puede ignorarse que el derecho a la negociación colectiva forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, garantizada en el artículo 28.1 de la Constitución Española; por tanto, una regulación que afectase a dicho derecho y privase de la eficacia vinculante a convenios suscritos por entidades sindicales, podría implicar que se está

²³ SSTC 11/2002, de 17 de enero y 68/2007, de 28 de marzo; AATC 179/2011, de 13 de diciembre y 8/2012 de 13 de enero.

²⁴ STC, entre otras, 195/1996, de 28 de noviembre y 227/1998, de 26 de noviembre.

legislando en materia sindical y ello, en principio, solamente es posible en virtud de una ley orgánica (art. 81 de la Constitución Española).

Ahora bien, sentado lo anterior, es manifiesto también que las Comunidades Autónomas sí tienen competencia para estructurar su propia función pública, lo que puede implicar normas aplicables al personal funcionario y de naturaleza administrativa, pero también al personal laboral aunque siempre respetando lo dispuesto en las leyes laborales estatales y respetando, para todos, la legislación básica estatal en materia funcionarial (artículos 148.1.1ª, 149.1.18ª y 149.3 de la Constitución Española).

También tiene competencia legislativa para establecer sus propias normas presupuestarias, siempre con respeto a la necesaria coordinación con la Hacienda Estatal (art. 156.1 de la Constitución Española) y con respeto a la competencia estatal para establecer las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13ª de la Constitución Española en relación, en su caso, con el art. 131 de la misma Constitución).

En desarrollo de ambas capacidades: regulación de su propia función pública (en sentido amplio) y autonomía financiera y capacidad de legislar presupuestariamente, es indiscutible que pueden suscitarse regulaciones que incidan en materias de condiciones de los empleados públicos.

Al respecto una primera aproximación que indicase que es imposible que esa legislación incida en materias que afecten al personal laboral o a aspectos contemplados en normas básicas estatales sería en exceso formalista e inadecuada.

Lógicamente el límite será no contravenir normas laborales estatales o normas que establezcan condiciones de trabajo del personal funcionario con carácter básico o que cuestionen las decisiones económicas generales y básicas del Estado, pero no cabe ignorar que el empleo público, incluso el laboral, está sujeto a límites para coordinar su regulación con el conjunto del ordenamiento y que pueden existir habilitaciones expresadas en la normativa estatal para que la legislación autonómica incida en regulaciones laborales o en aspectos contemplados en la normativa básica estatal.

En este sentido, por ejemplo, es claro que las retribuciones de los empleados públicos, las de todos ellos – laborales y funcionarios-, implícitamente y aunque no se establezca expresamente, quedan sujetas a lo que se disponga en las leyes presupuestarias y así lo han entendido las sentencias constitucionales y ordinarias que se citaron con anterioridad.

Es más, en general se han admitido actuaciones autonómicas que inciden en derechos de sus empleados cuando se trata, simplemente, de la aplicación en un ámbito concreto de las disposiciones estatales dictadas con carácter general²⁵.

También se han admitido regulaciones en materia sindical que afectan al conjunto de empleados públicos, no sólo a los funcionarios, reduciendo el número de liberados o del crédito horario a los establecidos en la norma legal y dejado en suspenso los acuerdos suscritos al respecto – en su caso conjuntos para todos los empleados – pero, porque estas actuaciones se amparaban en razones extraordinarias, explicitadas en las normas, y se hacían en aplicación de las previsiones del artículo 38.10 del EBEP – lo que en todo caso parece cuestionable por otras razones como luego analizaré -²⁶

Incluso en algún caso se ha admitido²⁷ que un Decreto-Ley, por ejemplo de la Comunidad de Madrid, alterase la jornada del personal sanitario, pero razonando que era un supuesto excepcional y de regulación general de la jornada para todos los empleados públicos, para lo que existía habilitación por la legislación estatal pues, concretamente, el EBEP atribuye la competencia a cada Administración Pública para regular la jornada de sus empleados (artículos 47 y 51 EBEP), siendo imposible – razonaba la sentencia - que el Estado fije una jornada uniforme para los empleados de todas las Administraciones, lo que ni siquiera hace con los trabajadores laborales en general, limitándose a establecer una jornada máxima anual, argumento

²⁵ Por ejemplo STSJ Castilla-La Mancha 2-4-12, Rec. 591/2010, sobre aplicación en el ámbito de instituciones sanitarias de la reducción salarial legalmente establecida para los empleados públicos.

²⁶ Al respecto, por ejemplo, SSTSJ de Murcia 13-4-12, Rec. 368/2011 y de Castilla-La Mancha de 8-2-12, Rec. 833/2011.

²⁷ STSJ (Social) Madrid de 17-4-12, Rec. 7/2012, aunque con un fundado voto particular en contrario.

sorprendente pues eso es lo que ocurría para casi todos los empleados públicos, especialmente los funcionarios y estatutarios, antes del EBEP y, en parte, eso es lo que ha vuelto a ocurrir tras la aprobación de la Ley de Presupuestos para 2012, en cuya disposición adicional 72^a, se establece una jornada mínima general para todo el sector público de 37 horas y media, suspendiendo los Pactos, Acuerdos y Convenios que contradigan lo anterior, y calificando de norma básica dicha disposición.

Pues verse, pues, que la colisión entre legislación presupuestaria y legislación laboral o básica funcionarial o, incluso, económica general puede llevar a la afectación de algún derecho o condición de los empleados públicos en conjunto, incluso reconocido en Pactos, Acuerdos o Convenios Colectivos, pero siempre en atención a la habilitación para ello en normas estatales o a que se de en circunstancias excepcionales debidamente alegadas y sin que exista contradicción con la legislación laboral o la que en materia funcionarial se haya calificado de básica o la que regule las bases económicas generales, pues son competencia exclusiva del Estado.

Incluso en relación con la especialidades de la negociación colectiva de los empleados públicos, no es ocioso recordar que conforme al Convenio 151 de la Organización Internacional de Trabajo de 27 de junio de 1978, ratificado por España el 18 de septiembre de 1984 y que versa sobre las relaciones de trabajo en la Administración Pública, tal como se avanzó, la solución de los conflictos sobre determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos debe procurarse mediante la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación o el arbitraje, establecidos, además, de modo que inspiren la confianza de los afectados.

Este Convenio debe ser respetado necesariamente por todas las disposiciones que afecten a la negociación colectiva en el empleo público de conformidad, no sólo con lo que de su ratificación se deriva ya con toda claridad, sino por mandato expreso en tal sentido del EBEP (artículo 31.8).

A la vista de todo lo anterior cabe concluir, pues, que las Comunidades Autónomas tienen competencia para legislar presupuestariamente, pero no para cuestionar las bases económicas establecidas por el Estado, ni para legislar laboralmente ni para afectar a condiciones de los empleados públicos reconocidas como básicas por la normativa estatal²⁸; lo anterior no impide alguna incidencia excepcional en derechos laborales pero siempre que no exista contradicción con normas laborales estatales y no suponga privar de eficacia a los Convenios Colectivos por vías no previstas en la legislación aplicable a los mismos.

Por supuesto existe la misma imposibilidad para legislar cuando dicha legislación autónoma entre en colisión con normas básicas en materia de empleo público, incluidas las que regulan la eficacia y efectos de los Pactos y Acuerdos.

El problema de delimitar, pues, hasta dónde llega la legislación presupuestaria no puede resolverse entendiéndolo que permite regular cualquier materia relacionada con el empleo público pues, aunque casi todas tengan alguna repercusión económica, la mención a legislación presupuestaria por contraposición a legislación laboral o legislación básica en materia de empleo público debe llevar a reducir el concepto a su dimensión estricta, por tanto a solamente lo que incida en gasto público directo como las retribuciones, no lo que en principio no conduzca directamente a eso aunque indirectamente pueda tener dimensión económica, por ejemplo, crédito horario sindical.

Es más, eso es lo que se desprende de un análisis del EBEP norma básica que debe respetarse y que en muchos temas, al aludir a ciertas cuestiones establece regulaciones negociables – por lo que no puede privarse de efecto a la negociado - y sobre todo en materia de personal laboral remite a la aplicación de la legislación laboral sin matices en numerosas cuestiones, no en otras en las que ciertamente establece la limitación estricta por razones presupuestarias – por ejemplo en retribuciones – o sostiene que junto a la legislación laboral se aplica la derivada del EBEP – por ejemplo en ciertos aspectos de la determinación de la jornada -, lo que permite a las Comunidades Autónomas la regulación de esa cuestión en relación con todos sus empleados públicos, también los laborales, dentro del marco que el propio EBEP establezca.

²⁸ En este sentido, me parece relevante la fundamentación, muy razonada, de la STSJ de Madrid de 14-9-12, Rec. 4089/2012, a la que me remito.

5. LA POSIBILIDAD DE SUSPENSIÓN O MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL PACTO O ACUERDO AL AMPARO DEL ART. 38.10 ET.

Pese a que los Pactos o los Acuerdos son, en general, plenamente vinculantes, en la medida que estamos en negociaciones en el ámbito público cabe una posibilidad excepcional de suspensión o modificación de los mismos.

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).

Aquí es donde hay que tener en cuenta la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 20/2012, a la que ya hice mención, que entiende sin más que concurre causa grave a esos efectos cuando cualquier Administración deba 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; parece una fórmula demasiado amplia que haría casi normal lo que debe ser excepcional; en todo caso, incluso aún así, esta disposición no habilita sin más la suspensión o modificación de los convenios, ya que esta sólo es admisible en cuanto y en lo que sea estrictamente necesario, por lo que la Administración deberá justificar la necesidad de la medida que pretenda adoptar.

Como puede verse, la posibilidad debe analizarse detenidamente, pues su uso no siempre se está correspondiendo, en mi opinión, con los términos legales.

1º) El ámbito aplicativo de la medida del art. 38.10 EBEP

Una primera cuestión a analizar es la determinación del ámbito aplicativo de la medida.

En efecto, a lo largo de la trayectoria de los procesos de diálogo entre las Administraciones Públicas y sus empleados se han producido, sin duda, muchos acuerdos.

Ahora bien, no todos ellos son equiparables a los Pactos y Acuerdos, ni pueden entenderse como fruto de la negociación colectiva en sentido estricto, aunque sí, obviamente, en un sentido amplio.

Esto se aprecia muy claramente en el art. 38.5 EBEP, cuando establece que el ejercicio del derecho de negociación colectiva se lleva a cabo a través de los cauces y procedimientos establecidos por la propia norma, sin perjuicio de otras formas de colaboración entre las Administraciones Públicas y sus empleados o los representantes de los mismos.

De este modo, los instrumentos de la negociación colectiva funcional – y en su caso de la conjunta – son exclusivamente los Pactos y Acuerdos y sólo en relación con ellos es aplicable la previsión del art. 38.10 EBEP.

En relación con otros pactos suscritos al margen de las correspondientes mesas de negociación, regirán las previsiones modificativas que les sean aplicables en atención a su propia eficacia que en muchos casos es discutible pues ni siquiera encajarían entre los posibles contratos regulados en la normativa administrativa.

Es posible, incluso, que en ciertos casos no se pueda pasar de reconocerles una eficacia como meros pactos sociales que no tendrían más eficacia que la propia de los actos reglamentarios o aplicativos que la Administración haya adoptado para darles eficacia, en cuyo caso lógicamente a través de nuevos actos reglamentarios o de la revisión de los actos administrativos aplicativos firmes podrían ser objeto de modificación.

Cabría, pues, establecer una primera idea: la posibilidad y las garantías que la negociación colectiva en el ámbito de los funcionarios conlleva, en principio, solo es aplicable a los Pactos y Acuerdos.

Ahora bien, no a todos los Acuerdos.

En efecto, como vimos, existen Acuerdos que se agotan con la remisión al correspondiente órgano legislativo del proyecto de ley que ha de regular la materia sobre la que versa el citado Acuerdo.

En esos términos, en la regulación de esa materia lo que vincula no es el Acuerdo, sino la norma legal y lo hace en los términos en los que haya sido aprobada y sujeta, por tanto, al devenir posterior de dicha norma.

En este sentido y aunque eso disminuya la eficacia de la negociación colectiva en ciertas materias, parece hoy incuestionable, especialmente a la vista de los precedentes ya citados, que una modificación legal posterior prevalecerá sobre los términos de lo que en su día se hubiese acordado en uno de estos Acuerdos, pues en definitiva ya desde el principio el órgano legislativo podía haber regulado de forma diferente a lo acordado.

Esta conclusión se proyecta además no sólo en relación con los Pactos y Acuerdos propios de los funcionarios, sino también para los que se apliquen a los empleados laborales, especialmente en las materias que pueden ser objeto de regulación en Pactos y Acuerdos conjuntos.

Otra cosa es que estas medidas puedan ser objeto de control de constitucionalidad si su extensión, sus términos o su reiteración pudiera entenderse que afecta al derecho constitucional de negociación colectiva – especialmente en relación con el personal laboral – y al derecho de libertad sindical y a los compromisos internacionales a los que se hizo mención en relación, en general, con todos los empleados públicos, e incluso a la aplicación directa de la legislación estatal, por ejemplo en materia presupuestario o cuando regule aspectos básicos del régimen de los empleados público, cuando la autonómica la desconozca o vulnere invadiendo competencias del Estado, lo que provoca un conflicto de normas aplicables que puede resolverse por la jurisdicción ordinaria aplicando la legislación estatal, acomodando así las normas interpretadas a los mandatos constitucionales²⁹.

Si no concurre lo anterior, los Acuerdos prelegislativos están sujetos, siempre, a las modificaciones que pueda producir un cambio en la legalidad vigente.

El ámbito natural de aplicación de la excepcional posibilidad del artículo 38.10 EBEP serán, pues, los restantes Acuerdos y los Pactos.

En cuanto a los convenios exclusivos del personal laboral, salvo en lo que hace a los Acuerdos y Pactos conjuntos, me limito a exponer que el art. 38.10 EBEP no les resulta aplicable, además de que conviene recordar que existe un claro mandato constitucional en orden a que la ley garantice la fuerza vinculante de los convenio (37.1 CE)³⁰, pese a lo que el Real Decreto-Ley 20/2012, ha modificado el artículo 32 del EBEP, introduciendo en un segundo apartado una posibilidad similar a la aplicable a los funcionarios en virtud del art. 38.10 EBEP.

Finalmente puede pensarse en la aplicación de la medida solamente a los Acuerdos y Pactos suscritos tras la vigencia del EBEP.

Ciertamente a ellos les es de aplicación sin duda; en cuanto a los anteriores la situación no es clara; por un lado, en la medida que sigan desplegando efectos tras el EBEP podría pensarse en que también les puede resultar de aplicación la posibilidad de suspensión o modificación prevista en el citado artículo 38.10. Se trataría de una modificación del régimen legal al que se sujetan aplicable desde ese momento, por tanto con un efecto de retroactividad débil. Claro que también puede sostenerse que se trata de una facultad que las partes no pudieron tener en cuenta en el momento de suscribir el Pacto o Acuerdo y, por lo tanto, pudieron existir equilibrios en lo pactado desde la contemplación de que en el tiempo de vigencia pactado no iba a poder producirse una desvinculación de los compromisos mutuos.

En todo caso, ante una situación excepcional parece que puede prevalecer la interpretación que justifique el uso de los instrumentos excepcionales que la ley dispone para afrontarla.

²⁹ Solución por la que opta la STSJ de Madrid de 14-9-12, Rec. 4089/2012, ya citada.

³⁰ Al respecto empiezan a coincidir las opiniones doctrinales y las soluciones judiciales.

Entre las primeras véase, por ejemplo, Palomar Olmeda A. “La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”, op. cit. págs. 631 y ss.

En el ámbito judicial STS (Social) 28-9-11, Recurso 25/2011.

2º) Los elementos que deben concurrir para que la medida pueda adoptarse

Como se ha visto la medida puede ser admitida como un supuesto excepcional. Así la configura también el EBEP que, como situación normal, parte de la plena eficacia de los Pactos y Acuerdos, lógicamente durante el periodo de vigencia pactado o de sus prórrogas.

En realidad el EBEP, como he dicho, confirma el carácter residual de la medida en cuanto exige unas circunstancias que limitan su aplicación.

Las circunstancias condicionantes que establece el EBEP son las siguientes:

- a) Aplicación excepcional (“*excepcionalmente*”)
- b) Causa grave de interés público
- c) Alteración sustancial de las circunstancias económicas (“*derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas*”) lo que se remite en la Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 20/2012 a la existencia de un plan de ajuste presupuestario en la Administración respectiva.

Aunque esas circunstancias condicionantes son bastante expresivas de por sí mismas, pueden matizarse algo.

En primer lugar, si es una medida excepcional debe ser una medida de último recurso y, por lo tanto, no puede adoptarse cuando quepan otras medidas que puedan entenderse como normales y conducir a los mismos efectos.

La excepcionalidad impide que la Administración correspondiente actúe con un margen de discrecionalidad aplicando esta medida antes que otras que pudieran adoptarse.

En este sentido, por ejemplo, si la medida se enmarca en una política de contención del gasto público, sólo debería ser admisible en cuanto se evidencie que no puede alcanzarse el mismo objetivo con otras medidas alternativas que no afecten a derechos tan esenciales y que puedan ser fácilmente adoptadas porque ya existen y dependan en su aplicación, exclusivamente, de la voluntad de la propia Administración actuante.

Desde esa perspectiva son extrañas – e inadmisibles - conductas que, por ejemplo, renuncian al cobro de determinados tributos ya existentes o los suspendan, al mismo tiempo que pretenden aplicar esta posibilidad, como también lo es la aplicación de la medida cuando el impacto económico de la misma es muy pequeño (por ejemplo reducción de un número pequeño de liberados sindicales lo que conlleva un ahorro escaso que puede conseguirse fácilmente por otras vías).

No se ampara, pues, la adopción de la medida simplemente por ser una medida fácil y de muy directa aplicación. Ni por el mero hecho de que contribuya a mejorar una situación compleja pero no grave y excepcional.

Se requiere una justificación más intensa para su uso. No es ilógico que se restrinja de este modo la posibilidad porque como se dijo sólo la excepcionalidad permite un encaje de la medida en el marco jurídico general aplicable.

De este modo podría señalarse que parece exigible que la Administración justifique la necesidad – no la mera oportunidad – de acudir a la medida por ser inviables otras posibilidades.

Parece claro que lo excepcional no puede aplicarse con preferencia lo ordinario o normal, sino que debe quedar reservado para cuando las soluciones ordinarias son imposibles o insuficientes.

Corresponderá, en su caso, a la Administración justificar la medida desde esta perspectiva a efectos del posterior control judicial en los términos que se analizarán.

Ciertamente la legislación en materia de estabilidad presupuestaria de las Administraciones Públicas, especialmente la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, puede dar lugar a planes de ajuste y medidas correctivas de los desequilibrios presupuestarios y convertirse así en elemento desencadenante de esta medida e incluso en elemento de justificación de la misma, tal como establece la citada Disposición adicional segunda del Real Decreto-Ley 20/2012, pero las medidas concretas que se adopten en cuanto afecten a convenios, Pactos y Acuerdos, sólo serán

admisible en el marco en el que la legislación específica las admite, debiendo coordinarse así el EBEP con las normas presupuestarias.

En este sentido no es igual establecer medidas cara al futuro, impidiendo posteriores pactos o compromisos, para lo que la legislación presupuestaria y la adopción de medidas correctivas, planes de ajuste, etc., habilitan plenamente, conduciendo a la ilegalidad de los posibles pactos que contradigan esas normas o instrucciones, que dejar sin efecto lo ya acordado, lo que no es imposible, pero debe hacerse a través de las vías establecidas, resultando aplicable cuanto a continuación se dirá, y manteniendo el carácter de excepcionalidad que esta medida debe tener.

Por ello, además de justificar la excepcionalidad, la Administración debe demostrar que la misma deriva de una causa grave en los términos establecidos.

En efecto, también corresponde a la Administración justificar, no que hay causa, sino que hay causa grave que, además, afecta al interés público.

Es cierto que el concepto de causa grave es un concepto jurídico indeterminado, como otros que se introducen en el precepto, y de ahí lo esencial de posibilitar el posterior control judicial³¹, aunque ahora se ha pretendido concretar algo más en relación con la existencia de planes de ajuste, reequilibrio de las cuentas públicas o económico-financieros para asegurar la estabilidad presupuestaria o corregir el déficit público.

En todo caso y aún admitiendo lo anterior, la gravedad de la causa impide alegar circunstancias poco trascendentes o muy puntuales y además debe ponerse en relación con las medidas adoptadas; en efecto, si éstas son de muy pequeño impacto, habrá que convenir que la causa no debía ser tan grave y que posiblemente una medida de tanta trascendencia jurídica como la que se contempla no queda justificada.

No puede ignorarse que la medida jurídicamente afecta a la libertad sindical, al derecho de negociación colectiva y a principios esenciales como la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad, por lo que, con independencia de la mayor o menor intensidad de las medidas, jurídicamente cuestiona bienes que merecen la máxima protección.

En esos términos parece lógico reservar una posibilidad, como la que se analiza, para la adopción de medidas de una cierta importancia que respondan a una causa que también la tenga.

Para circunstancias o medidas menores, sin duda, las Administraciones Públicas disponen de otras vías para hacerles frente aunque puedan ser de adopción más compleja o no tan directa.

Por otro lado, la Administración ha de justificar que la medida se adopta en defensa del interés público y, por ello, deberá concretar qué es lo que se desea salvaguardar, haciendo alusión a los bienes y derechos constitucionalmente protegidos o a los principios esenciales que constitucionalmente rigen el funcionamiento de la Administración Pública, que pretenden salvaguardarse con la medida. En todo caso, ciertamente la estabilidad presupuestaria, en

³¹ Precisamente por eso y porque como se dijo estamos ante una medida excepcional y porque, como se verá, se autoriza estrictamente lo que sea necesario, no parece que sea tan complejo el control judicial ni que exista un amplio margen de discrecionalidad en la adopción de la medida, tal como se teme en algunas opiniones. Al respecto, expresando ese temor y aludiendo al margen de oportunidad que existe en la decisión de la Administración Pública, véase Palomar Olmeda A. "La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público", op. cit. págs. 639 y ss.

En general en la doctrina no se cuestiona que se trata de una facultad que debe aplicarse solamente ante situaciones excepcionales.

En ese sentido, por ejemplo, Roqueta Buj, R. El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público, op. cit. pág. 502 y en "Derechos individuales ejercidos colectivamente" en AA.VV. (Dir. Linde Paniagua, E.) El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas, Colex, Madrid, 2008, pág. 152. En ambos textos, Roqueta Buj avanza, con pleno acierto, la idea de que, en atención a su regulación legal, la medida sólo es aceptable si se sujeta estrictamente a un principio de proporcionalidad. Posteriormente volveré sobre esta idea que comparto plenamente.

Sala Franco T. "Los derechos colectivos de los empleados públicos" en AA.VV. (Dir. Sánchez Morón, M.) Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Lex Nova, Valladolid, 2007, pág. 310 – señalando que, por tanto, no puede aplicarse extensivamente -.

Mauri Majós, J. "La Negociación Colectiva" en AA.VV. (Dir. Del rey Guanter, S.) Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, La Ley, Madrid, 2008, pág. 429.

atención a una situación grave y con la excepcionalidad mencionada en cuanto a esta concreta medida, puede ser un motivo de interés público.

No puede adoptarse, pues, esta decisión de forma inmotivada ni con insuficiente referencia a todos los elementos que deben concurrir para hacerla posible y no porque el EBEP aluda a la obligación de que la Administración comunique a los órganos sindicales las causas de la suspensión o la modificación, sino porque el elemento de motivación y el posible control judicial que posibilita aparecen como esenciales para que la medida pueda admitirse en el marco regulador global; estamos ante una medida que legalmente se configura como causal por lo que cabe exigir una motivación concreta y no una referencia abstracta a principios genéricos.

En este sentido, la existencia de un plan de ajuste puede ser presupuesto básico pero no suficiente para la adopción de la medida, pues deberá demostrarse que ese ajuste hace necesario el conjunto de medidas que se adopten y entre ellas las que afecten a los instrumentos negociados.

Corresponde, pues, a la Administración demostrar que hay un interés público afectado y que la medida contribuye a salvaguardarlo.

Finalmente, la norma deja claro que la medida sólo procede ante una situación sobrevenida y además, no ante cualquier situación sobrevenida, sino solamente ante aquella que deriva de una alteración sustancial de las circunstancias económicas.

Si esto es así, corresponderá a la Administración que pretenda aplicar la medida justificar, además del interés público afectado y que la medida contribuye a su protección, otras tres cuestiones:

1ª) Que se han alterado las circunstancias económicas que estaban en vigor en el momento en el que se suscribió el Pacto o Acuerdo. No caben, pues, otro tipo de justificaciones distintas del cambio de la situación económica y no cabe tampoco alegar una causa que no sea sobrevenida, pues no habría habido alteración de las circunstancias.

2ª) Que la alteración ha sido sustancial. Es otro elemento esencial pues, evidentemente, las circunstancias económicas son cambiantes y, por tanto, cuando se suscribe un Pacto o Acuerdo cada parte valora la posible evolución posterior de la situación económica para analizar si los compromisos son ajustados, asumibles, etc. En definitiva un cierto margen de inseguridad es consustancial con unas medidas negociadas que se van a aplicar en el futuro. Por ello sólo cambios que excedan de lo normal pueden justificar una desvinculación de los compromisos. Los cambios que puedan considerarse como dentro de una evolución normal no pueden justificar esta medida.

Corresponde igualmente a la Administración suministrar los datos que permitan comprobar que la alteración de circunstancias no sólo ha sido sobrevenida sino también que es sustancial.

3ª) Que la alteración sustancial que justifica la medida no podía preverse cuando se suscribió el Pacto o Acuerdo. Es otro elemento esencial y consustancial con la obligación de negociar de buena fe. En efecto, si la evolución de la situación podía haberse previsto o incluso era conocida ya en el momento de concretarse el Pacto o Acuerdo no debió haberse aceptado el mismo; si se aceptó es porque se entendió asumible ante las condiciones previsibles; sería una medida arbitraria volverse contra la propia actuación administrativa – recuérdese incluso que los Acuerdos se sujetan a ratificación del órgano de Gobierno – sin que exista una circunstancia, no previsible en su día, que justifique ese cambio de actitud.

Puede, pues, concluirse que la medida sólo procede ante: 1) causas graves sobrevenidas e imprevisibles en el momento de concluirse el Pacto o Acuerdo; 2) causas que necesariamente han de derivar de una alteración sustancial de las circunstancias económicas vigentes en el momento en el que se concluyó el compromiso que se quiere suspender o modificar, que pueden derivar, en su caso, de un plan de ajuste o reequilibrio financiero-presupuestario pero solamente si es de tal entidad que justifica una medida tan excepcional, y 3) que la medida contribuye a salvaguardar el interés público que estaría en peligro de cumplirse en sus propios términos el Pacto o Acuerdo.

En estos términos la medida parece que puede desplegar sus efectos en relación con Pactos y Acuerdos de vigencia prolongada pero mucho más difícilmente en relación con esos mismos instrumentos cuando su vigencia sea corta pues, en ese caso, es extraño que se produzca

durante esa vigencia no muy prolongada una situación tan excepcional que justifique dejarlos sin efecto.

3º) Los instrumentos a través de los que la medida puede aplicarse

La norma legal contempla la medida como una actuación reglamentaria, sujeta, en consecuencia, a un adecuado control judicial y adoptada por los órganos de gobierno de la Administración respectiva.

Sólo esos órganos de gobierno pueden adoptar la medida – no por tanto otros órganos que pudieran haber firmado un Pacto -³², lo que por otro lado tiene una cierta lógica en atención a la importancia de la decisión que queda así reservada al máximo órgano de cada Administración, además de que la excepcionalidad de la medida hace prever que se incida en condiciones esenciales dentro de lo negociado y las mismas, normalmente, estará reguladas en los Acuerdos pues se corresponderán al ámbito competencial de los respectivos órganos de gobierno.

Es muy importante entender que la medida ha de adoptarse con un rango, en su caso, reglamentario.

En efecto, 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.

Sólo así se garantiza que ciertamente se está ante un supuesto de utilización excepcional, y esa excepcionalidad es esencial para admitir que la medida encaja en el diseño constitucional y es compatible con las obligaciones asumidas por el Estado español.

Por ello, la utilización de normas con rango legal amparadas en esta misma finalidad y en relación con cuestiones que no necesariamente requieren para su regulación ese rango, puede hacer ineficaz el control judicial, al derivar en muchos casos 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 mi opinión esas normas legales podrían ser tachadas de inconstitucionales, además de que en ciertos casos pueden suponer una invasión de competencias.

En efecto, conviene no olvidar que el artículo 38.10 EBEP es norma básica, como también lo son las normas que establecen la eficacia vinculante de los Pactos y Acuerdos y que se contienen en el propio EBEP.

Pues bien, una ley estatal que dejase sin efecto la eficacia de Pactos y Acuerdos a través de otra vía sí que se produciría en el marco de las competencias estatales, aunque pudiera tacharse, en algún caso, de inconstitucional en los términos que se analizaron, sobre todo ante un uso excesivo o reiterado, y por ser contraria al derecho de libertad sindical y privar del derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero si la ley que incide en esa práctica es una ley autonómica, además de todo lo anterior, incidiría en otro motivo de inconstitucionalidad, porque estaría invadiendo competencias del Estado en cuanto desconocería las normas que con carácter básico se han establecido en la legislación estatal, en concreto en el EBEP, al amparo del art. 149.1.18º CE.

Incluso por las implicaciones sindicales que conllevaría tal actuación, podría entenderse que la Comunidad Autónoma correspondiente se está atribuyendo unas competencias para regular materias sindicales que no le corresponden.

³² Como acertadamente expone Palomar Olmeda A. “La desvinculación de lo pactado en el Estatuto Básico del Empleado Público”, op. cit. págs. 638 y 639.
En el mismo sentido, por ejemplo, Roqueta Buj, R. “Derechos individuales ejercidos colectivamente”, op. cit. pág. 152.

De este modo, los instrumentos a través de los que puede aplicarse la medida son actuaciones reglamentarias de los órganos de gobierno de cada una de las Administraciones afectadas (Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales).

En esos actos tendrán que decidirse las partes o cláusulas de los Pactos o Acuerdos que quedan suspendidas o modificadas y, en su caso, los términos en que quedan reguladas las materias afectadas por las partes suspendidas o modificadas; todo ello es lo que podrá controlarse jurisdiccionalmente para comprobar si se ha actuado dentro de las previsiones legales.

En la medida que, como se ha visto, son actos que sólo proceden en circunstancias concretas y que pueden ser controlados judicialmente, es lógico exigir que se trate de actuaciones motivadas en las que las Administraciones actuantes no se limiten a exponer la medida que adoptan, sino que deben concretar, también, las razones que existen para ello y como encajan las mismas en el supuesto legalmente establecido.

La falta de motivación o la motivación insuficiente viciaría de nulidad la medida adoptada.

Por otro lado, la adopción de esta actuación requiere, como ya se dijo, que se informe a las organizaciones sindicales, lógicamente las firmantes del Pacto o Acuerdo y cualquier otra legitimada para negociar, de las razones, de las causas que justifican esta actuación, lo que puede hacerse mediante la notificación del propio acto³³.

Puede observarse, pues, que la medida es un supuesto claramente diferente del que puede producir la modificación de una ley vigente a través del correspondiente trámite parlamentario en aquellas materias sujetas a reserva de ley, en cuyo caso, como ya dije, no es aplicable el artículo 38.10 EBEP y, en todo caso, la utilización de esa posibilidad – modificación legal – se sujeta al control de constitucionalidad en los términos normales en que el mismo puede plantearse.

4º) Las consecuencias de la medida

Aunque la medida pudiera adoptarse, el EBEP, como se analizó, tampoco permite a los órganos de gobierno cualquier actuación cuando concurren las causas analizadas, sino sólo aquellas que se puedan entender como estrictamente necesarias para salvaguardar el interés público, lo que permite que también este aspecto pueda controlarse judicialmente y justifica la consideración que ya hice acerca de que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no introduce un elemento de discrecionalidad o de valoración de la oportunidad de la medida por parte del órgano de gobierno administrativo muy amplio y ni siquiera la mera existencia de un plan de ajuste es causa suficiente sin más consideraciones.

No es así, pues solamente se permiten actuaciones “necesarias”, no hay una valoración de oportunidad, sino de necesidad.

De darse las circunstancias que lo justifiquen, se permitirá suspender o modificar todo el Pacto o Acuerdo si así fuese necesario 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.

En realidad las medidas que pueden adoptarse son dos:

1ª) La suspensión de todo o parte de lo acordado. Con esta medida el Acuerdo o Pacto mantiene su texto, pero temporalmente no despliega sus efectos, en concreto mientras dure la situación que justifica su suspensión; una vez desaparecida ésta el Pacto o Acuerdo recobrará plena vigencia y se seguirá aplicando en los términos anteriores. En este caso, lógicamente la Administración ha de concretar cuál será la regulación aplicable en relación con la materia a la que se referían las reglas suspendidas y, si no se concreta, parece claro que en relación con dicha materia regirá lo establecido en la legislación aplicable y en su desarrollo y, en su caso, lo vigente en otros Pactos o Acuerdos cuya aplicación no se haya suspendido.

³³ De admitirse esto, habría que compartir la posición de Roqueta Buj que considera que la información pueda hacerse a posteriori, aunque posiblemente y como máximo hasta este momento. Sobre la posibilidad de información anterior o posterior, véase Roqueta Buj, R. El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público, op. cit. pág. 502 y “Derechos individuales ejercidos colectivamente”, op. cit. pág. 152.

2ª) La modificación de todo o parte de lo acordado. Con esta medida el Pacto o Acuerdo en la parte modificada se sigue aplicando, pero no en los términos en los que inicialmente se estableció, sino en los términos modificados que el órgano de gobierno de la Administración correspondiente establezca. En este caso, ese órgano debe fijar necesariamente cuáles son esos términos. Ahora bien, la norma no autoriza una modificación definitiva. Conviene no olvidar que se trata de una modificación causal, sujeta a una situación excepcional derivada de una alteración de las circunstancias, por lo tanto la facultad que se reconoce al órgano de gobierno para modificar lo acordado lo es en virtud de esa situación y, me parece claro, que una vez desaparecida la misma debe volverse a lo inicialmente acordado, pues ya no existiría fundamento para desconocer su eficacia vinculante.

Puede verse, pues, que ambas medidas son en principio de duración temporal, aunque no necesariamente determinada, pues puede ser indefinida y vinculada a la causa concurrente.

La Administración puede optar por fijar un plazo de duración de la medida, sin perjuicio de revisarlo si la situación desaparece o se alarga, o establecer una duración indefinida, pero en este caso parece esencial que se fije algún mecanismo de revisión de la medida para el supuesto de que la causa desaparezca.

De nuevo reaparece la importancia de la motivación causal, pues esas causas son las que condicionarán la duración, el ámbito temporal de la medida y también esa duración deberá ser justificada y, en su caso, objeto de control judicial.

En los mismos términos, como lo que se permite es la actuación que proceda pero *“en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”*, cabe hacer algunas consideraciones adicionales.

La primera es que, lógicamente, también corresponde a la Administración motivar y en su caso demostrar que se han adoptado las medidas estrictamente necesarias, pues las que exceden de ello carecen de justificación legal.

La segunda es que, en virtud de lo anterior, los órganos que revisen la medida pueden valorar, como anticipé, la proporcionalidad de la misma y anularla en cuanto exceda de lo estrictamente necesario.

La tercera es que la medida adoptada podrá ser admisible, si lo fue inicialmente, en tanto en cuanto subsista la misma situación y con la misma intensidad que al principio; una mejoría de la situación económica puede ser, a lo mejor, no tan intensa como para revisar totalmente las decisiones inicialmente adoptadas, pero sí como para permitir una reconsideración parcial de las mismas y esa actuación deviene obligada si hay que respetar que lo legalmente autorizado es sólo lo que sea estrictamente necesario, y esto – lo necesario - puede variar a lo largo de su aplicación.

Por supuesto, la proporcionalidad exigida permite que el órgano de gobierno combine diversas medidas en relación con el texto global de un Pacto o Acuerdo; por ejemplo: suspender una parte, modificar otra parte y mantener el resto.

Al final la justificación y proporcionalidad de las medidas adoptadas es lo que determinará si dichas actuaciones encuentran amparo legal o no.

6. CONCLUSIONES.

Puede concluirse, pues, que no es imposible que las condiciones establecidas en Acuerdos, Pactos y Convenios queden afectadas por lo dispuesto en una ley posterior, pero teniendo en cuenta que ello puede producirse en atención a una ley estatal, siempre que no sea una conducta tan reiterada y extensiva que cuestione el propio derecho de negociación colectiva, o en una ley autonómica siempre que no invada espacios propios de competencia legislativa estatal exclusiva, lo que deja bastante limitado su ámbito de actuación.

En el ámbito funcional, el cauce más normal para dejar sin efecto suspendiendo o modificando las condiciones establecidas en Pactos y Acuerdos es la vía prevista en el art. 38.10 EBEP; esta medida debe ser excepcional y diferenciarse claramente de lo que sean cambios de regulación

legal en las materias en las que existe reserva de ley, materias que, por tanto, solamente pueden ser objeto de negociación prelegislativa.

En todo caso, tampoco deben caber actuaciones extremas que puedan considerarse inadmisibles constitucionalmente en los términos que ya se analizaron.

La medida prevista en el art. 38.10 EBEP debe, pues, instrumentarse mediante actos de eficacia reglamentaria – van a fijar condiciones generales -, motivados y susceptibles de control judicial y adoptados por el órgano de gobierno respectivo en cada Administración.

Las circunstancias que permiten adoptar la medida han de ser sobrevenidas y graves y sólo pueden derivar de una alteración de la situación económica vigente en el momento en el que se concluyó el Pacto o Acuerdo, alteración que debe ser sustancial y no previsible en el momento de aquella conclusión, pudiendo entenderse como tal la existencia de planes de ajuste o reequilibrio presupuestario-financiero si la gravedad de la situación lo justifica.

De darse la circunstancia indicada, el órgano de gobierno puede suspender o modificar lo pactado, pero sólo en lo que sea estrictamente necesario para salvaguardar el interés público.

En la motivación de la actuación la Administración ha de justificar la excepcionalidad del supuesto, las circunstancias que justifican la medida y la necesidad de las medidas que se adopten para salvaguardar el interés público.

La falta de motivación o la insuficiencia de la misma, justifica la anulación de la actuación administrativa.

De adoptarse la medida, la misma es necesariamente temporal, con una temporalidad, no necesariamente determinada pero sí vinculada a la subsistencia de la causa y revisable en caso de desaparecer ésta o de atenuarse, en cuyo supuesto podría proceder una revisión parcial de las medidas adoptadas para ajustarlas a las que estrictamente siguiesen siendo necesarias.

En todo el ámbito de esta medida, resulta esencial la posibilidad de control judicial que es la que, en definitiva, permite que la medida pueda considerarse ajustada al marco jurídico en el que se integra.

Sólo entendida en estos términos me parece que la aplicación de esta posibilidad encuentra encaje constitucional, se ajusta a nuestros compromisos internacionales y, finalmente, se ajusta a la propia regulación legal del EBEP.

También puede concluirse que el ámbito aplicativo de la medida se centra en los Pactos y Acuerdos de los funcionarios y, en su caso, en los conjuntos para laborales y funcionarios.

Debe rechazarse finalmente que, como regla general, las Comunidades Autónomas puedan adoptar medidas similares a través de normas con rango legal, creando vías no previstas para dejar sin eficacia lo dispuesto en Pactos, Acuerdos y Convenios, por las razones que ya se expusieron.