

PERSONAL LABORAL: LA INAPLICACIÓN O MODIFICACIÓN DE LOS PACTOS O ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS VIGENTES: ALTERNATIVAS Y OPCIONES

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y
de la Seguridad Social

ÍNDICE

1.- La penetración de la negociación colectiva en la Administración Pública.....	1
2.- La bifurcación de regímenes jurídicos	2
3.- Elementos comunes y tendencias hacia la convergencia.....	5
3.1. Principios constitucionales comunes	6
3.2. Principio de legalidad administrativa	7
3.3. Carácter reglado de la actuación administrativa.....	9
3.4. La uniformidad de condiciones en la organización del trabajo	11
3.5. Los procesos de ósmosis institucional.....	12
3.6. Las prácticas de negociación unitaria	12
3.7. La centralización de decisiones	13
3.8. La tendencia a la sindicalización unitaria.....	14
3.9. La limitación de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos.....	14
4.- Crisis económica, medidas de reforma laboral y de reducción del gasto público	18
5.- La inadecuación para la Administración de las vías generales de reforma laboral.....	20
5.1. La preferencia aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa	20
5.2. El descuelgue de condiciones pactadas	21
5.3. La modificación sustancial de condiciones de trabajo	22
5.4. La pérdida de ultraactividad del convenio colectivo.....	23
6.- Los mecanismos específicos en la Administración Pública	24
6.1. El establecimiento de modificaciones presupuestarias	24
6.2. La fijación de topes legales con efectos a los convenios vigentes.....	26
6.3. El procedimiento general de inaplicación del convenio colectivo	29

1.- La penetración de la negociación colectiva en la Administración Pública

La negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas ha adquirido un desarrollo singular en las últimas décadas, de modo que se ha convertido en un instrumento central en la regulación de las condiciones de trabajo de su personal.

Desde el punto de vista histórico, la negociación colectiva surge en casi todos los sistemas de relaciones laborales dentro del sector privado, en particular, dentro del sector industrial de la economía y, en especial, dirigido al asalariado que desempeñaba tareas manuales o de no excesiva cualificación profesional. Por ello, no es sino en momentos más recientes cuando comienza a extenderse al ámbito de la Administración Pública; primero, será necesario que se produzca una expansión relevante al conjunto de la población asalariada, con independencia de la condición de trabajador manual o empleado; segundo, que correlativamente a lo anterior, se verifique una generalización de

la negociación colectiva al sector servicios para que el fenómeno sindical y, por derivación, la negociación colectiva vaya implantándose progresivamente en el sector terciario; tercero, será preciso que la consolidación de las experiencias de negociación colectiva al conjunto del sector privado o público de la economía vaya penetrando dentro de la Administración Pública, primero entre las entidades locales y sucesivamente a todo el conjunto de la Administración. De ahí que, dejando al margen aquellas actividades con déficits de cobertura negocial en atención a carencia de interlocutores empresariales y/o a las muy escasas dimensiones de las empresas y centros de trabajo, será dentro de la Administración Pública donde más tardíamente vaya penetrando el fenómeno de fijación conjunta de las condiciones de trabajo entre la representación de los empleados públicos y los gestores de la propia Administración.

Ahora bien, a partir del instante en que se inicia este camino de penetración de la negociación colectiva en el seno de la Administración Pública, no es sólo una vía de no retorno, sino que se produce de forma acelerada e intensa la consolidación de la negociación colectiva en este ámbito. Distintos factores incitan a esa fuerte implantación de la negociación colectiva, entre los que podríamos citar, a título ilustrativo, el elevado número de asalariados que presta servicios para la Administración, la tendencia a la uniformidad de condiciones de trabajo del conjunto de los empleados, la progresiva pérdida de valor de los cuerpos de funcionarios como elemento de identificación de los diferentes grupos de empleados, la correlativa extensión de la afiliación sindical, la democratización del funcionamiento interno de la Administración que rompe con un rígido concepto de la unilateralidad propio de la tradicional relación entre gestores y empleados públicos, del mismo modo que se superan concepciones correspondientes a una rígida jerarquización de posiciones en el seno de la Administración Pública.

2.- La bifurcación de regímenes jurídicos

Hasta el momento presente nos hemos venido refiriendo de forma genérica e indiferenciada a la negociación colectiva que afecta al personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuando en el sistema normativo español concurren dos regímenes jurídicos claramente diferenciados, que tienen su reflejo inmediato sobre el marco institucional de la negociación colectiva. En efecto, de un lado, aparece el núcleo numérica y cualitativamente más relevante del personal regido por un sistema estatutario de función pública, sin que, de otro lado, ello provoque la desaparición sino en paralelo también la solidificación de un grupo igualmente relevante de personal que se vincula a la Administración por medio de la aplicación de la legislación laboral, en principio, a todos los efectos. El resultado de ello, es que tradicionalmente se ha efectuado un análisis por separado de las dos manifestaciones negociales: por un lado, la negociación colectiva de los funcionarios públicos y, de otro lado, la negociación colectiva del personal laboral.

Esta diferenciación de tratamiento, que duda cabe, se encuentra plenamente justificada, pues concurren elementos institucionales que marcan importantes fronteras entre una y otra.

Para empezar, la distinción encuentra sus raíces en el propio texto constitucional. Como punto de partida no enfrentamos a un modelo constitucional que marca nítidamente las fronteras entre los dos sistemas de regulación del trabajo asalariado por cuenta ajena: de un lado, con la previsión de un estatuto de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE) dirigidos a la fijación de su régimen con pautas de partida específicas; de otro lado, con el establecimiento de un estatuto de los trabajadores (art. 35.2 CE), de aplicación exclusiva a aquellos asalariados que rijan sus relaciones jurídicas por medio de una contratación

laboral privada: “habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18) habrá de ser la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública”¹. Naturalmente, esa dualidad de regímenes jurídicos no es puramente formal, sino que comporta diferencias sustanciales en muchos de los principios generales orientadores de su desarrollo legal, en términos tales que tiene reflejo inmediato sobre la negociación colectiva; así, por sólo citar un dato significativamente elocuente, el estatuto funcional, en aras de las garantías de actuación neutral y no discrecional de la Administración como sujeto empleador, comporta un extenso, prolijo y a veces minucioso desarrollo normativo de las condiciones de trabajo del funcionario público, lo que obviamente tiene su repercusión en un espacio de actuación real mucho más reducido a lo que se puede regular por vía de la negociación colectiva. La fuerte intervención del Parlamento en el establecimiento del estatuto jurídico de los funcionarios, introduciendo fuertes garantías de estabilidad y asegurando la actuación imparcial de la Administración, restringe significativamente la capacidad de maniobra de la negociación colectiva.

Más aún, esta dualidad de regímenes, no sólo tiene su traslación en el instante de proceder a fijar el régimen individual de la función pública, sino que igualmente tiene sus consecuencias sobre el desarrollo de las relaciones sindicales y, muy especialmente, en lo que afecta a la negociación colectiva. El diferente punto de partida en materia de negociación se expresa incluso a nivel constitucional. Por lo que se refiere a los funcionarios públicos, hay que señalar que el art. 28 CE reconoce su libertad sindical, si bien precisando que la ley deberá regular sus “peculiaridades”, lo que se ha interpretado como la posibilidad, *rectius* la necesidad de que se establezcan limitaciones y restricciones a la negociación colectiva de los funcionarios públicos. El propio Tribunal Constitucional, ha excluido que del texto constitucional se reconozca directamente su derecho a la negociación colectiva, al menos tal como éste se entiende en el estricto ámbito de la legislación laboral. Afirmará el TC que “del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos todavía con efectos vinculantes, porque no existe un racional nexo causal que conduzca con exclusividad a aquellas consecuencias al no ser obligado en lógica y en derecho que de la agrupación de los funcionarios en defensa de sus intereses derive como única solución el celebrar un convenio obligatorio, haciendo perder la supremacía a la Administración con graves consecuencias”². Dicho de otro modo, el TC ha establecido el criterio de que el derecho a la negociación colectiva que aparece en el art. 37 de la Constitución se refiere exclusivamente a los asalariados con contrato de trabajo, por lo que se excluyen a los funcionarios públicos: “tampoco surge el derecho de la negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución...toda vez que prueba lo contrario el expresivo contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución y la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3, que remiten respectivamente a la Ley para la regulación, por un lado, del ‘Estatuto de los Trabajadores’ y por otro, al ‘Estatuto de los Funcionarios Públicos’, pues sin duda la Carta fundamental parte del hecho de tratarse de situaciones diversas por su contenido y ámbito diferente de función y actuación, y por eso

¹ STC 99/1987, de 11 de junio (BOE 26 junio), fund. jco. nº 3.

² STC 57/1982, de 27 julio (BOE 18 agosto).

independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolos a regulaciones diferenciadas que no parecen irrazonables”³.

Es cierto que este tipo de pronunciamientos por parte de nuestro Tribunal Constitucional se producen en un contexto que no aseguran que nuestro alto Tribunal haya expresado su última palabra, no descartándose que de futuro pueda matizar este criterio. Sin entrar en mayores pormenores, advertir que la sentencia de referencia se dicta en los primeros momentos de actuación del TC, cuando aún no había tenido la oportunidad de conformar sus bases jurisprudenciales acerca del alcance constitucional del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva; asimismo, que dicho pronunciamiento se realiza por medio de un *obiter dicta* en el contexto de una sentencia no dirigida estrictamente a analizar la negociación colectiva de los funcionarios, sino exclusivamente un aspecto muy lateral como es el de las competencias normativas en esta materia por parte de las Comunidades Autónomas; finalmente, que este pronunciamiento no se ha confirmado de manera expresa por sentencias posteriores más próximas en el tiempo.

En todo caso, lo que si se produce a partir de ese instante, es un engarce de la negociación colectiva funcional exclusivamente a través de su regulación por medio de una legislación ordinaria, que no encuentra condicionantes constitucionales directos, a diferencia de lo que sucede con la negociación colectiva del personal sometido a legislación laboral. En definitiva, el resultado es una dualidad de regímenes jurídicos por lo que se refiere directamente a la negociación colectiva: el título tercero del Estatuto de los Trabajadores, arts. 82 a 92, para el personal laboral, y el Estatuto Básico del Empleado Público, Ley 7/2007, de 12 de abril, arts. 32 a 38, para los funcionarios públicos.

Igualmente se aprecian diferencias en el ámbito supranacional, particularmente a través de los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, que lógicamente tiene su repercusión a la hora de la interpretación de las instituciones nacionales. El art. 10.2 de la Constitución Española afirma que los derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales ratificados por nuestro país sobre la materia; de ahí, la importancia de que España haya ratificado los Convenios 151 y 154 de la OIT. No obstante, también sucede que los tratados internacionales firmados por España --tanto en materia de libertad sindical de los funcionarios como de fomento de la negociación colectiva-- como es sabido, son notablemente genéricos y ambiguos. Ello, le permite al Parlamento español optar, con libertad, entre un amplio abanico de posibilidades en cuanto al régimen de participación de los funcionarios en la fijación de las condiciones de trabajo. Por ejemplo, el art. 7 del Convenio nº 151 de la OIT se limita a firmar que deberán adoptarse “de ser necesario” medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y 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, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones. Obsérvese, en particular, que se trata de un precepto que introduce más una recomendación que un mandato jurídico vinculante y, además, que deja abierta la posibilidad de cualquier variante de interlocución entre las partes, sin imponer como única solución posible el establecimiento de un sistema de negociación colectiva. Por lo demás,

³ STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 agosto).

el Convenio nº 154 OIT se refiere a la negociación colectiva en general, al tiempo que precisa que “en lo que se refiere a la Administración Pública, la legislación o la práctica nacionales podrán fijar modalidades particulares de aplicación de este Convenio” (art. 1.3); con ello, una vez más, quedan autorizadas todo tipo de limitaciones o condicionantes a la participación sindical en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

En definitiva, como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional, el legislador puede optar con amplitud “por diferentes medidas de muy distinto contenido, que resuelvan adecuadamente la participación de los órganos representativos de los funcionarios en la fijación de las condiciones de empleo, como lo demuestra el derecho comparado, en que existen diversos sistemas determinados por: las negociaciones informales no previstas en la ley, que representan meros consejos sin fuerza de obligar; la presentación de sugerencias o recomendaciones; las consultas oficiales a organismos paritarios creados por la ley, que sólo asesoran o dictaminan sin vinculación alguna; o la participación en acuerdos negociados regulados por la ley, y que por regla generalizada, necesitan de una ley estatal o de una autoridad superior que apruebe el convenio, que en todo caso sufre la exclusión en mayor o menor medida en materias importantes, sustrayéndolas del ámbito de la negociación”⁴.

3.- Elementos comunes y tendencias hacia la convergencia

A pesar de todo lo anterior, interesa resaltar especialmente los puntos de confluencia entre la negociación colectiva de los funcionarios públicos y la del personal laboral al servicio de la Administración, que a la postre sirva de justificación a la opción adoptada en el presente libro comentario de efectuar un tratamiento unitario de las dos esferas. Y sin necesidad de forzar las cosas ni de enfocar la materia desde una perspectiva interesada, lo cierto es que, cuando se profundiza en la cuestión y se desciende al terreno de lo concreto, se advierte como el grueso de los elementos de diferenciación entre negociación funcionarial y laboral inciden más en la frontera entre del personal al servicio de la Administración Pública en su conjunto, de un lado, y los asalariados del sector privado sometidos a la legislación laboral, de otra parte. Dicho de otro modo, la mayor presencia de la negociación colectiva dentro del sector público, aunque parta de los principios generales de la negociación colectiva laboral, resulta materialmente imposible que se traduzca en una traslación mecánica y sin matices de la legislación laboral común; es justamente la intervención de la Administración, como sujeto empleador y como parte negociadora, quien impone las notables especialidades a esta negociación colectiva, debido a su condición de poder público que se encuentra sometido a las normas y principios propios del ordenamiento administrativo. Por ello, tanto los acuerdos y pactos celebrados para los funcionarios como incluso los convenios colectivos firmados para el personal laboral al servicio de la Administración, se someten a significativas especialidades, que en muchos casos derivan de imperativos constitucionales.

En definitiva, aunque se parta de un tronco normativo diferenciado, muchas de las especialidades propias de la negociación funcionarial son predicables también a la que se desarrolla en el ámbito del personal laboral de la Administración. Se verifica, de este modo, un proceso de convergencia de doble sentido, pero con tendencia a una

⁴ De nuevo, STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18 agosto).

confluencia común para todo el personal de la Administración. De un lado, la ya señalada por muchos tendencia a la implantación de una negociación colectiva entre los funcionarios, que se mira en el espejo de la regulación laboral, en este caso, del título tercero del Estatuto de los Trabajadores, como punto ideal de referencia, a pesar de la aceptación de la inviabilidad de la identificación plena de ambos regímenes jurídicos. De otro lado, siendo éste un dato menos advertido y sobre el que pretendemos insistir, aunque formalmente al personal laboral de la Administración se le aplica *in toto* el marco legal de la negociación colectiva propia de la legislación laboral *stricto sensu*, sin embargo, condicionantes de diverso tipo --curiosamente coincidentes con los que marcan las especialidades propias de lo funcional-- fuerzan a un progresivo distanciamiento de la negociación desarrollada en el ámbito del sector privado. En suma, se advierte un cierto proceso de “funcionarización” cuando menos en el sistema negocial del personal laboral de la Administración, en tanto que el correlativo proceso de “laboralización” de la negociación funcional a un cierto punto encuentra ciertas especialidades o peculiaridades que impiden una identificación plena con la que es propio del sector privado.

Hagamos, pues, una descripción por separado de esos procesos que marcan la convergencia para el conjunto del personal --funcional o laboral-- al servicio de la Administración pública y que, al propio tiempo, marcan los puntos de desencuentro con la negociación colectiva desarrollada entre el personal laboral del sector privado.

3.1. Principios constitucionales comunes

El texto constitucional constituye un decisivo instrumento de uniformidad de ciertos principios informadores del trabajo asalariado, con independencia de la forma jurídica que estos adopten. Tanto a los trabajadores como a los funcionarios van dirigidas las reglas recogidas en el texto constitucional de protección de derechos tales como son la libertad de elección de profesión u oficio, la promoción a través del trabajo, la percepción de una remuneración suficiente (art. 35.1 CE), la formación y la readaptación profesionales, la seguridad e higiene en el trabajo, la garantía de un descanso necesario mediante la limitación de la jornada y las vacaciones periódicas retribuidas (art. 40 CE) y, en general, el ejercicio de los derechos fundamentales en el momento del cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Pero no es sólo esto. Más relevante aún resulta el hecho de que ciertos principios constitucionales específicos del funcionariado, aparentemente referidos a la relación estatutaria de empleo público, resultan igualmente referibles como singulares del personal laboral al servicio de la Administración, por cuanto que su fundamento reside en las peculiaridades del sujeto que actúa como empleador y no en la naturaleza de la relación jurídica del empleado.

Así sucede, a título de ejemplo, con el derecho al acceso en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos conforme a estrictos criterios de mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Ciertamente el ejemplo que hemos traído a colación puede considerarse que afecta a una cuestión relativa al régimen individual de condiciones de trabajo, pero a pesar de ello su trascendencia es indudable también sobre el régimen colectivo y, en concreto, en lo que refiere a la negociación colectiva. En efecto, para empezar, la aplicación de los principios de mérito y capacidad uniforma toda la negociación colectiva en materias clave del contenido de los convenios y acuerdos colectivos, como son los relativos a los sistemas de ingreso del personal, de movilidad funcional y modificación de condiciones de trabajo, de promoción profesional e incluso en

algunos aspectos del régimen extintivo. En suma, establece unas pautas comunes en lo que refiere a la estabilidad en el empleo, de tan indudable trascendencia, que llega a tener una incidencia directa sobre la propia posición de fuerza de los representantes de las partes en las mesas negociadoras.

Del mismo modo ha de tenerse bien presente la fuerte impronta derivada del principio de igualdad en la aplicación de la ley, así como de la prohibición de todo tipo de tratamiento discriminatorio, reglas constitucionales que poseen un alcance mucho más intenso si cabe cuando el llamado a respetarlo es un poder público (art. 14 CE). Desde la perspectiva que nos interesa resaltar en estos momentos, ello puede comportar que la negociación colectiva no puede convertirse en un instrumento de fijación de condiciones de trabajo y de empleo respecto de empleados públicos que efectúan tareas similares prestando servicios para una misma Administración. Dicho de otro modo, la estructura más o menos descentralizada de la negociación colectiva en el empleo público no puede constituir justificación *per se* para el establecimiento de un diferente régimen jurídico entre unos y otros según que le sea o no de aplicación un determinado acuerdo o convenio colectivo. Ello, a la postre, implica una notable limitación en cuanto al margen de negociación por parte de la Administración Pública, pues la misma por esta vía recibe un mandato de adopción de similares actitudes y estrategias en las diversas mesas de negociación en las que se sienta.

3.2. Principio de legalidad administrativa

La Administración Pública en la relación con sus empleados se encuentra particularmente limitada por el sometimiento al principio de legalidad. Qué duda cabe que, dentro de un ordenamiento presidido por un Estado de Derecho, todas las instituciones y entidades --públicas o privadas-- se encuentran sometidas en su actuación al imperio de la ley. Ahora bien, tradicionalmente, una de las señas de identidad del Derecho Administrativo es justamente la del establecimiento de una regulación de más estricta fijación de las reglas de actuación de los poderes públicos en todas sus facetas a las pautas dictadas por el Parlamento. Y la faceta relativa al desarrollo de las relaciones laborales, es decir, a la actuación de la Administración Pública en la posición de parte empleadora no constituye excepción alguna; el hecho de que para la ejecución de determinados servicios públicos se opte por una vinculación de la Administración a la legislación laboral y, por ende, a una rama privada del Derecho, no comporta una forma indirecta de huida o de escape a ese justificado encorsetamiento del sometimiento a la legalidad administrativa en su actuación como empleadora.

Por sólo citar un ejemplo, pero desde luego el más influyente a los efectos aquí tratados, recordar que constitucionalmente se exige que “los Presupuestos Generales del Estado tendrán carácter anual, incluirán la totalidad de los gastos e ingresos del sector público estatal” (art. 134.2 CE). Reglas que en paralelo se incorpora a la generalidad de los Estatutos de Autonomía: “El presupuesto de la Generalitat tiene carácter anual, es único e incluye todos los gastos y todos los ingresos de la Generalitat, así como los de los organismos, instituciones y empresas que dependen de la misma. Corresponde al Gobierno elaborar y ejecutar el presupuesto, y al Parlamento, examinarlo, enmendarlo, aprobarlo y controlarlo. La ley de presupuestos no puede crear tributos, pero puede modificarlos si una ley tributaria sustantiva así lo establece” (art. 212 EAC). Y algo similar puede afirmarse respecto del pleno de los Ayuntamientos⁵. En otros términos, es el

⁵ Cfr. Art. 22 Ley 7/1985, de 2 de abril (BOE 3 de abril), de bases de régimen local.

Parlamento quien asume directamente la determinación de la totalidad de los gastos de la Administración Pública, incluidos obviamente los gastos relativos a su personal; y, también de forma indubitada, esos gastos de personal afectan a todos con independencia de su régimen jurídico, tanto laboral como funcional.

De este modo, una de las materias centrales de la negociación colectiva, la relativa a toda la cuantificación económica del coste del trabajo --salarios y percepciones extrasalariales-- ha de venir predeterminada por el Parlamento, sin que el derecho --incluso constitucional-- a la negociación colectiva pueda sustraerse a este fuerte condicionante de la actuación de la Administración Pública. En suma, la Administración no es libre de negociar las condiciones económicas ni en los convenios colectivos del personal laboral ni en los pactos y acuerdos de los funcionarios públicos. De hecho, desde principios de la década de los años ochenta, las sucesivas Leyes de Presupuestos vienen estableciendo, junto a la clásica precisión de las retribuciones de los distintos cuerpos de funcionarios públicos, los topes máximos de incrementos retributivos para el personal laboral a su servicio, incluido el correspondiente a otras Administraciones como son las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales.

Aunque sea con ocasión de analizar la limitación de la autonomía del gasto de las Comunidades Autónomas en atención a lo aprobado por las Leyes de Presupuestos, puede interpretarse que nuestro TC de forma implícita ha aceptado las correlativas limitaciones a la negociación colectiva: “no resulta injustificado que, en razón de una política de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos, se establezcan por el Estado topes máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos, como los que impone el apartado 3 del impugnado artículo 2º de la Ley 44/1983, respecto de la masa salarial global para el personal laboral al servicio de las Administraciones y Organismos públicos, lo que, por otra parte, no vacía, aunque condicione la autonomía de gasto de las Comunidades”⁶.

En un pronunciamiento posterior, de forma mucho más directa se efectúa la comparación con la negociación colectiva en el sector privado, marcando a estos efectos los fuertes condicionantes existentes para la actuación de la Administración en la relación con su personal, con una correcta apelación a la Ley de Presupuestos y por tanto con acertada identificación de la especialidad, como tal común a la negociación colectiva para todo el empleo público: “La extensión del citado límite retributivo al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas no vulnera el principio de igualdad ante la Ley que se reconoce en el artículo 14 CE; en relación con el 37.1 de la misma, como alega la representación del Parlamento de Cataluña, por generar un trato discriminatorio diferenciado en la negociación de las condiciones de trabajo respecto al resto de los trabajadores. En efecto, como reiteradamente ha señalado este Tribunal (AATC 815/1985, 858/1985, 731/1986), la justificación de un régimen salarial y negocial diferente entre unos y otros trabajadores radica en los evidentes rasgos diferenciadores que existen entre la Administración y una empresa pública frente a las empresas privadas, circunstancia que, en este caso, permite modular el derecho a la negociación colectiva típico de la empresa privada y someter a los trabajadores a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a que sirve la política económica, por lo que la existencia real de

⁶ STC 63/1996, de 21 de mayo (BOE 17 de junio).

dicho régimen diferenciado, como consecuencia de la Ley de Presupuestos no vulnera el principio de igualdad, al recaer sobre situaciones que en sí no son idénticas”⁷.

Ciertamente existen matices relevantes a estos efectos en el régimen jurídico, entre un tipo y otro de negociación, pues el margen de maniobra deducible del Estatuto de los Trabajadores es diverso del prefijado por el EBEP. Ahora bien, sin necesidad de entrar en la descripción y análisis pormenorizado de tales diferencias, lo decisivo a mi juicio es que por encima de tales matices se encuentra la premisa constitucional del art. 134.2 CE, que condiciona de forma conjunta y en lo sustancial con similar intensidad a ambos.

Es igualmente cierto que la reserva de Ley en materia de gastos del sector público estatal no tiene necesariamente que entenderse como proscripción de toda posibilidad de que la negociación colectiva --laboral o funcionarial-- en dicho sector público pueda abordar las materias retributivas y, en general, de incremento de costes. En la medida de lo posible deben buscarse fórmulas que permitan compaginar la reserva del art. 134.2 CE con el reconocimiento constitucional de un derecho como es el de la negociación colectiva. Eso sí, ciertas limitaciones han de producirse a estos efectos; y, sobre todo, lo que más me interesa resaltar en la perspectiva aquí contemplada, esas fórmulas y estas limitaciones juegan con similar intensidad para la negociación colectiva tanto para la laboral como para la funcionarial.

Todo ello desemboca en considerar que “no caben compromisos de gastos plurianuales que se encuentren comprendidos en los acuerdos resultantes de la negociación colectiva prevista en el artículo 35 de la Ley 8/1987”. En definitiva, “la cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos”, de forma que el máximo compromiso que puede asumir el Gobierno es el de incorporar los incrementos pactados vía negociación colectiva al proyecto de Ley de Presupuestos, si bien la última palabra la tiene el Parlamento⁸. Se trata de una afirmación que resulta perfectamente extensible a la negociación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, de modo que los compromisos plurianuales en esta materia también están condicionados por la soberanía parlamentaria en la aprobación anual de los presupuestos.

3.3. Carácter reglado de la actuación administrativa

Otro de los parámetros básicos de la actuación de la Administración reside en que ésta cada vez más ve limitada su capacidad de intervención discrecional, por cuanto que la legislación administrativa en general y la relativa al régimen de relaciones laborales en particular tiende a someterse a principios de actuación reglada, objetiva y muy singularmente al principio de igualdad en la aplicación de la ley. Ello evidentemente tiene una repercusión directa sobre la negociación colectiva, por cuanto que restringe significativamente ciertos rasgos de flexibilidad propios de los productos negociales, comparativamente con los correspondientes textos legales. Desde este punto de vista, los contenidos de los convenios y acuerdos colectivos en las Administraciones Públicas en cuanto a técnica jurídica han de reforzar significativamente su identificación con las disposiciones de carácter general propias de las normas estatales, con intenso apartamiento de la atención al caso concreto propio del instrumento contractual. La doble naturaleza normativa y contractual, consustancial a los fenómenos de negociación colectiva dentro de los modelos jurídicos de la Europa continental, se diluye de forma

⁷ STC 96/1990, de 24 de mayo (BOE 20 junio), fund. jco. nº 3.

⁸ STS, c-a 21 de marzo de 2002, RJ 4318 y 4319.

intensa en los productos negociales que se alcanzan en el ámbito de la Administración Pública; al extremo de quedar ceñido el aspecto contractual en lo que refiere al proceso de expresión de la voluntad de las partes y de otorgamiento de eficacia vinculante, pero sin poder traspasar el umbral de regulación en lo que refiere a los contenidos pactados.

Las construcciones precedentes no se quedan en el terreno de lo formal y de la dogmática jurídica, sino que trascienden a aspectos bien concretos y cotidianos del funcionamiento de la negociación colectiva en la Administración Pública. Así, a efectos ilustrativos, también se podrían apuntar tres consecuencias inmediatas.

En primer lugar, a mi juicio resulta difícil por no decir imposible que se desarrolle un proceso negocial en este ámbito que desemboque en lo que se conoce en el sector privado como convenio colectivo de eficacia limitada, es decir, de exclusiva aplicación a los afiliados a los sindicatos firmantes. El conocido en la jerga laboral como “convenio colectivo extraestatutario”, resulta de imposible traslación al ámbito del empleo público. Por lo que refiere a los acuerdos y pactos para los funcionarios, la cuestión es tan indubitada que la LOR ni siquiera se molesta en precisar que los mismos gozan de eficacia “*erga omnes*”, a diferencia de lo que se ve obligada a establecer la normativa laboral para romper con la premisa civil de que los contratos obligan a las partes que los conciertan y a las que éstos representan. La igualdad de tratamiento con el que la Administración ha de regirse en el establecimiento de las condiciones de trabajo de su personal --sea laboral o funcional-- impide la celebración de acuerdos que comporten diferencias de tratamientos por razón de la afiliación sindical y, aunque con carácter general se acepte la virtualidad de la celebración de pactos extraestatutarios en el ámbito de la aplicación de la legislación laboral, ello resulta inviable por lo que refiere a la Administración; a mayor abundamiento junto al principio de igualdad, también lo impide el precedente principio de legalidad: la Administración debe intervenir en los procesos de negociación colectiva conforme al marco legalmente estipulado, sin que pueda remitirse supletoriamente a criterios ambiguos de contratación atípica conforme a la contratación civil.

Pero no es ya sólo que resulte inviable la diferenciación de tratamiento por razón de la afiliación sindical, sino que incluso el principio de igualdad, al actuar con mayor intensidad para la Administración, impide ciertas diferenciaciones de tratamiento, que en el ámbito del sector privado podrían estar justificadas, pero que resultan inviables en este ámbito, pues el “humus” de la prohibición de desigualdad de tratamiento injustificada se expande a esferas y territorios más amplios en esta ocasión.

En segundo lugar, esa objetividad y uniformidad de tratamiento tiene igualmente su repercusión en lo que supone fijación de condiciones particulares y diferenciadas para concretos empleados públicos. Dicho de otro modo, las tan en boga tendencias a la individualización de las relaciones laborales, encuentran aún mayores frenos en el ámbito de la actuación de la Administración Pública como sujeto empleador. Si bien es cierto que ello es materia que no refiere directamente a la negociación colectiva, el referente de contraste sí que es el contenido de los convenios, pactos y acuerdos colectivos. Sin poder extenderme en el desarrollo de todas sus consecuencias, baste con apuntar los efectos que ello tiene sobre las relaciones entre acuerdo colectivo y pacto individual. Mientras que con carácter general y por lo que se refiere a las condiciones de trabajo de carácter cuantitativo estipuladas en los convenios colectivos, la premisa de partida es que éstas constituyen mínimos de derecho necesario, en sede teórica siempre alterables en orden a su incremento por vía de pacto individual, las tornas se han de cambiar en el análisis de la negociación colectiva en la Administración: ésta debe contemplarse como el referente uniforme para todo el personal incluido dentro de su ámbito de aplicación, sólo siendo

posible de forma expresa y objetivamente justificada un tratamiento de favor para concretos empleados públicos por vía de pacto individual, o bien de decisión unilateral de la Administración Pública como parte empleadora.

En tercer lugar, el carácter reglado y objetivo de la actuación administrativa provoca una mayor extensión material y de detalle de la normativa estatal. Ello supone que la normativa estatal abarca espacios normativos de mayor significación, lo que de forma refleja provoca un menor campo de actuación real para la negociación colectiva. La mayor minuciosidad de la legislación funcionarial --que contrasta comparativamente con la tendencia al repliegue de la legislación estatal laboral-- también afecta al personal laboral al servicio de la Administración, por lo que éste también ve limitados ciertos contenidos típicos de la negociación colectiva laboral.

3.4. La uniformidad de condiciones en la organización del trabajo

El amplio desarrollo del modelo de Estado Social intervencionista sobre las diversas esferas de la sociedad conduce a una alteración sustancial de las dimensiones y actividades propias de la Administración Pública. Ello no comporta exclusivamente una alteración en lo cuantitativo, con un incremento inusitado del personal al servicio de la Administración Pública, sino además correlativamente una transformación cualitativa, pues se trata de un empleo que abarca las más diversas facetas de las actividades profesionales, donde resulta obligado introducir criterios modernos de gestión de personal. De un lado, la expansión del empleo público lleva a que un número considerable de este personal no ejercite directamente ninguna potestad de soberanía estatal, ni adopte decisiones que afecten al ejercicio de facultades administrativas, por lo que ciertos parámetros de organización del trabajo tradicionalmente excluidos de la gestión del aparato administrativo, más propios del sector privado, comienzan a penetrar en el ámbito de la Administración.

En particular, el incremento numérico y su tendencial identificación con cualquier otra organización o entidad que da empleo en el sector servicios privado, conduce a necesarias prácticas de estructuración unitaria de las condiciones de trabajo en el seno de la Administración Pública. Desde el instante en que la Administración ha hecho un uso indiferenciado de la vinculación con su personal bien a través de un régimen estatutario o bien contractual privado, la coincidencia funcional, física y temporal, de empleados con los dos regímenes jurídicos, desemboca en la aplicación en la práctica de condiciones de trabajo asimiladas.

De este modo, la regulación de ciertas instituciones, aunque legalmente no fuera forzoso que se unificarán, de hecho así se produce por la vía de la negociación colectiva.

Así, por ejemplo, aunque la normativa estatal no establece criterios directos acerca de la estructura de la clasificación profesional del personal laboral, es bastante habitual que los grupos profesionales de los convenios colectivos para el personal laboral de la Administración Pública, tomen como referencia, cuando no trasladan mecánicamente el sistema de cuatro grupos de clasificación profesional --A1, A2 B, C1 y C2-- propios de la función pública, que a su vez parten de las titulaciones académicas oficiales (art. 76 EBEP).

De igual forma ocurre con otras condiciones de trabajo en las que su régimen de funcionamiento depende primordialmente de la ubicación física del empleado o del sistema global de estructuración del trabajo, con muy reducida influencia del tipo de

actividad ejercitada y mucho menos con el régimen jurídico estatutario o laboral de aplicación: jornada y horario de trabajo, permisos, vacaciones anuales, etc.

3.5. Los procesos de ósmosis institucional

Los fenómenos precedentes vienen acompañados de una política legislativa, tanto normas de parlamento como disposiciones reglamentarias, que comportan lo que se ha denominado un proceso de ósmosis institucional; es decir, una mutua influencia, a modo de vasos parcialmente comunicantes, de modo que se verifica una cierta "laboralización" de los funcionarios públicos, al mismo tiempo que se produce una cierta "funcionarización" del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Ello llega a materializarse a través de varias técnicas normativas, básicamente de cuatro tipos: primera, la aprobación de normas diferenciadas para uno y otro tipo de personal, pero con redacciones materialmente idénticas o muy similares; segunda, la regulación en paralelo por parte de una misma norma, de forma que ésta procede a reformar con contenido similar, cuando no idéntico, tanto la legislación laboral como la relativa al régimen de los funcionarios públicos, al objeto de ofrecer un tratamiento parejo dentro del empleo público; tercera, con la aprobación de una normativa directamente dirigida a regular el régimen del funcionariado público, pero con la declaración expresa de que dicha normativa tiene carácter supletorio para todo el personal al servicio del Estado y de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación; cuarta, la aprobación de una normativa de directa y expresa aplicación a ambos colectivos. Sea por el camino que sea, este proceso de ósmosis se viene apreciando desde el tiempo suficiente y con una constancia como para permitir afirmar ya que se trata de una tendencia estructural de nuestro sistema público de relaciones laborales y no meramente transitorio o coyuntural.

Ciertamente el fenómeno de asimilación de condiciones de trabajo disfrutadas por trabajadores y funcionarios que estamos describiendo ahora se verifica en el ámbito de la normativa estatal, pero lógicamente ello tiene su obligada repercusión después en los procesos de negociación colectiva en el seno de la Administración Pública. A pesar de que estos procesos se desarrollen por separado y conforme a un marco de regulación distante, el contenido referencial de las materias a negociar y el espacio negocial dejado se asimila notablemente.

3.6. Las prácticas de negociación unitaria

En muy diversos ámbitos, aunque con particular extensión entre las Corporaciones locales debido a sus menores dimensiones y al mayor peso numérico comparativo del personal laboral, se han extendido ciertas prácticas de desarrollar procesos de negociación colectiva conjunta para ambos regímenes jurídicos. Se constituyen a estos efectos foros de negociación unitaria, donde, con representaciones colectivas múltiples, se acuerdan a un mismo tiempo y con carácter uniforme las condiciones de trabajo tanto de los funcionarios públicos como del personal laboral. Este tipo de negociaciones se llevan a cabo y manifiestan a través de muy diversas fórmulas, en algunos casos incluso reflejando los compromisos asumidos en un mismo documento, que se pretende de aplicación conjunta a ambos grupos.

Inicialmente estas prácticas resultaban ajenas por completo al marco normativo diseñado por el legislador, que no solamente no las contemplaba, sino que expresamente deseaba que la negociación colectiva de unos y otros se desarrollase por vías claramente diferenciadas, comenzando por la fijación de un régimen jurídico plenamente separado.

Eso sí, con el paso del tiempo el propio legislador ha incorporado esta práctica tan extendida, admitiéndola ya como una realidad en términos jurídico formales a todos los efectos, a pesar de que ello lo efectúe con las debidas cautelas (arts. 36.3 y 38.5 EBEP). En todo caso, lo relevante es que las experiencias de negociación conjunta acentúan aún más los procesos de convergencia de la negociación colectiva funcionarial y laboral.

3.7. La centralización de decisiones

Debido al sistema legal de conformación del aparato administrativo, y con independencia de la pluralidad de Administraciones Públicas existentes en nuestro país, cada una de ellas se encuentran fuertemente centralizadas. De este modo, al menos por lo que se refiere al funcionamiento de las relaciones laborales en su seno, las decisiones en materia de personal en la Administración tienden a adoptarse en la cúspide de la organización.

A los efectos que estamos tratando aquí, esta centralización, no solamente incide una vez más en la uniformación de los contenidos, sino que ahora muy particularmente actúa sobre la estructura de la propia negociación colectiva. Dicho sin mayores matizaciones, repercute en una notable centralización también de la negociación colectiva. Centralización que se verifica para con los dos regímenes jurídicos, funcionarial y laboral.

En el caso de la negociación funcionarial esa centralización viene impuesta por la Ley que establece ciertas “unidades apropiadas de negociación”; unidades apropiadas en las que lo más destacado es esa constitución de una Mesa General que agrupa a todos los funcionarios y a la que se le atribuye una capacidad de negociación para el conjunto de las materias, quedando las mesas sectoriales como unidades marginales en cuanto su competencia se extiende “a los temas que no hayan sido objeto de decisión por parte de la Mesa General respectiva o a las que éste expresamente les reenvíe o delegue” (art. 34 EBEP). Dicho en clave de concurrencia convencional, los acuerdos o pactos alcanzados por la Mesa General son de preferente aplicación a los de las mesas sectoriales e incluso ciegan la posibilidad de negociación sucesiva o complementaria en esos niveles inferiores. En definitiva, el modelo legal refuerza la natural tendencia a la centralización de la negociación colectiva funcionarial.

Desde el punto de vista jurídico-positivo el panorama resulta sustancialmente diverso en la negociación laboral, pero los resultados materiales se puede constatar que no difieren apenas en la práctica. Ciertamente, el Estatuto de los Trabajadores no contempla sistema alguno de unidades apropiadas de negociación, partiendo del principio de que son los propios negociadores quienes optan libremente por el ámbito de negociación que consideren más adecuado: “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET). A pesar de ello, su traslación al ámbito de la Administración Pública da lugar a una estructura marcadamente centralizada y a estos efectos tendencialmente coincidentes con las mesas de negociación que se establecen formalmente en el ámbito de la negociación funcionarial. A estos efectos prima el núcleo de decisión de parte del empleador, de forma que el sindicato al tener que adaptarse a la regla de oro de ir a la búsqueda del interlocutor legítimo, acepta la conformación de esa estructura centralizada de la negociación colectiva; lo que, a la postre, constituye, un factor más de convergencia con la negociación funcionarial, a pesar de que no exista condicionante legal que lo imponga.

3.8. La tendencia a la sindicalización unitaria

Es de todos conocido que en nuestro país, frente a una relativa pérdida de fuerza de afiliación sindical en el sector privado --particularmente entre las empresas de pequeñas dimensiones-- dentro del sector público pervive cuando no se incrementa la penetración de las organizaciones sindicales. Además, los sindicatos más representativos que se consolidan pretenden extender su influencia tanto entre el personal laboral como el funcionarial, desplegando políticas negociales similares a estos efectos. De un lado, se afianza la presencia en la Administración Pública de las grandes confederaciones sindicales provenientes del sector privado --en concreto, UGT y CCOO--, que por razones ideológicas o de planteamientos generales diseñan unas estrategias de cierta uniformidad en la exigencias planteadas en las correspondientes mesas negociadoras, laborales y funcionariales. De otro lado, fenómeno posiblemente más llamativo y novedoso, la confederación sindical que surge para actuar exclusivamente en el ámbito de la Administración, en concreto CSI-CSIF, que en sus inicios pretende aglutinar sólo a los funcionarios públicos, en tiempos recientes decide extender su representación también al personal laboral, presentar candidaturas propias a los comités de empresa de éstos y, en definitiva, poder participar también en las mesas de negociación de los convenios colectivos sometidos al Estatuto de los Trabajadores.

Paralelo a ello, la fuerte sindicalización de las Administraciones Públicas produce un efecto paradójico en el desarrollo de la negociación colectiva. En efecto, se trata de un sindicalismo relativamente fuerte, pero que se enfrenta a una fuerte limitación en lo que puede negociar, principalmente derivado de los condicionantes ya descritos en materia económica y de gasto del sector público. En razón a ello, las mesas negociadoras se ven constreñidas a centrar su atención en otras materias, no afectadas tan directamente por el factor del incremento de costos directos. Al final, como resultado de esa mayor presión en estas materias, vía negociación colectiva se aprecia una intensificación en estos aspectos institucionales de la "funcionarización" de los laborales; valga la reiteración, otro elemento más de convergencia.

3.9. La limitación de los procedimientos de resolución de conflictos colectivos

Sin descartar que los procedimientos extrajudiciales dirigidos a superar las coyunturas de *impasse* negocial también se pueden experimentar en el sector público, su desarrollo último se encuentra más limitado, al menos por lo que refiere a la fórmula más intensa del arbitraje.

Siempre ha estado latente el obstáculo de la posición de supremacía propia de la Administración Pública y, sobre todo, su acentuado sometimiento al principio de legalidad, que le dificulta actuar en términos de remisión o delegación en un tercero de la decisión última que sólo a ella le corresponde adoptar. Ciertamente, esta visión tradicional de la actuación de la Administración se va superando progresivamente, de forma que en el propio ordenamiento administrativo se van introduciendo fórmulas de composición con intervención de terceros. Tal como se ha indicado, la presencia efectiva de figuras como la terminación convencional y los medios consensuales como la conciliación, la mediación y el arbitraje en sede administrativa, imponen una actualización de los principios generales que informan el procedimiento administrativo. En la materia que estamos tratando aquí, y por lo que se refiere a la negociación de los funcionarios públicos baste con remitirse a los preceptos que directamente estipulan procedimientos de mediación y de arbitraje de esta naturaleza (art. 45 EBEP).

En cuanto a la legislación laboral, inicialmente los procedimientos estipulados legalmente de solución de los conflictos colectivos se aplican indistintamente al personal laboral de la Administración Pública. Sin embargo, en este caso nos enfrentamos al dato de que desde el punto de vista subjetivo algunos acuerdos interprofesionales venían excluyendo de su ámbito de aplicación, a los conflictos colectivos laborales en los que sea parte una Administración Pública en su condición de empleadora; y algunos de ellos lo mantienen en esos mismos términos. La cuestión ahora reside en que, insistiendo en esa voluntad legal de aplicación subjetiva universal de los procedimientos de solución de conflictos, es criterio igualmente del Estatuto de los Trabajadores que se canalicen también a través de mecanismos de mediación y arbitraje los conflictos colectivos que pudieran surgir en este ámbito singular del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Al tratarse de relaciones laborales incluidas dentro del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, igualmente les resultan de aplicación los preceptos relativos a estos procedimientos y, por ende, la necesidad de que existan vías de desarrollo de los mismos para este personal laboral de las Administraciones Públicas.

Dos apreciaciones de partida han de efectuarse al respecto, de signo diverso.

De un lado, los sujetos firmantes de estos acuerdos, particularmente en representación de la parte empresarial, no suelen incluir materialmente a las Administraciones Públicas, en la medida en que CEOE y CEPYME, ni sus organizaciones territoriales inferiores federadas o confederadas a las mismas, no las representan; a pesar de que en su seno se encuentren incorporadas determinadas y relevantes empresas públicas. Incluso ha de advertirse que, a tenor de la eficacia general del Acuerdo, en el mismo se pueden incluir las empresas públicas de la Administración General del Estado, aunque las organizaciones empresariales no las integren formalmente en su seno. En todo caso, como hemos indicado, hasta el presente ha sido voluntad expresa de algunos acuerdos excluir en todo caso al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Por ejemplo, eso era lo que figuraba hasta el presente en el ASEC⁹. Tratándose de un criterio objetivo, fundado en razones explicables y en modo alguno discriminatorio, nada cabría objetar hasta el presente a la opción adoptada a este respecto por el ASEC. Recuérdesse a tal efecto que, conforme al propio designio legal, “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden” (art. 83.1 ET). Eso sí, eso entra en colisión en paralelo con la voluntad legal de que los acuerdos interprofesionales sean de aplicación, no sólo “directa”, sino también “general”, al objeto de garantizar el referido principio de universalidad subjetiva.

Frente a ello, ha de tomarse en consideración que algunos acuerdos interprofesionales autonómicos, llegan a incorporar dentro de su ámbito de aplicación al personal al servicio de las Administraciones Públicas, sin perjuicio de que se establezcan algunas especialidades al respecto¹⁰. Otros, lo que hacen es simplemente instar a la Administración autonómica a los efectos de que proceda a incorporarse a los procedimientos pactados en el sector privado, con vistas a extenderlos al ámbito del

⁹ “Se excluyen del presente Acuerdo...los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos autónomos dependientes de los mismos, a que se refiere el artículo 69 de la Ley de Procedimiento Laboral” (art. 1.2 ASEC). La mención al último de los preceptos ha de entenderse referida a partir de ahora al art. 69 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre (BOE 11 de octubre), reguladora de la jurisdicción social.

¹⁰ Por todos, Acuerdo Interprofesional para la constitución del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 8 de abril de 1996 (BOJA de 23 de abril) y Acuerdo de 4 de marzo de 2005 (BOJA 8 de abril).

personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, con una redacción que parece pretender incluir también a los conflictos relativos al personal laboral al servicio de las entidades locales¹¹. Con ello lo que queremos resaltar es que, tanto anteriormente como en el momento presente, resulta lícito que los mencionados Acuerdos puedan optar por la solución alternativa de incluir en su seno al personal laboral al servicio de la Administración Pública. Dicho de otro modo, no existe objeción de esencia que impida a los negociadores incluir dentro de su ámbito aplicativo a este personal laboral. Desde luego, lo debe hacer con cierto tipo de reglas propias, siendo al menos aconsejable que si se opta por ello se prevea un sistema en parte diferenciado de nombramiento de mediadores y árbitros.

En todo caso, el interrogante principal a formular en este momento es el de la situación en la que quedaría este personal laboral, respecto de sus conflictos colectivos, cuando a partir de ahora el Estatuto de los Trabajadores contempla como obligatorio acudir a los mismos en determinados supuestos (bloqueos negociales y desacuerdos en los procedimientos de inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo), sin que los mismos puedan acudir a la utilización de las vías contempladas en el correspondiente acuerdo interprofesional.

La fórmula por la que se opte finalmente puede ser variada, lo que requiere cierta maduración de criterios, si bien la decisión principal se debe desarrollar en el seno de las relaciones laborales entre sindicatos y la Administración Pública. Sin entrar en mayores detalles, dos opciones básicas cabrían al respecto. La primera opción a barajar sería, en la senda de lo hecho ya por algunas Comunidades Autónomas, proceder a incorporar al ámbito del resto de los acuerdos también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. La segunda de las opciones consistiría en que se diseñase un procedimiento de resolución de los conflictos colectivos común para el conjunto de los empleados públicos, que incorporase al unísono al personal laboral y a los funcionarios públicos; alternativa esta otra que debería, por propia singularidad de régimen jurídico, articularse en paralelo, pero también extramuros, de los acuerdos interprofesionales para el sector privado. Por propia naturaleza --subjética de destinatarios, de legitimidad representativa de los negociadores, así como objetiva de la normativa aplicable a los correspondientes conflictos-- los acuerdos interprofesionales no pueden incorporar las discrepancias que se puedan producir entre los funcionarios públicos y la Administración como parte empleadora¹². Como es fácil intuir, la decantación por una u otra de las opciones se sitúa en el terreno estricto de la Administración Pública, de modo que, hasta tanto que ésta, junto con las organizaciones sindicales más representativas en este ámbito, no se decanten por una u otra alternativa, no es concebible que la reforma de los acuerdos interprofesionales pueda intervenir al respecto con una fórmula de carácter definitivo y, sobre todo, imperativo.

A nuestro juicio, el momento y las previsiones de evolución de esta materia, hacen concebir que la expansión de los procedimientos de resolución de los conflictos profesionales en general de todo el conjunto del empleo público va a discurrir por canales

¹¹ "Instar al Govern de la Generalitat de Catalunya l'extensió de la inclusió de la clàusula de submissió als procediments del Tribunal Laboral de Catalunya als Convenis Col·lectius del personal laboral de les administracions públiques a Catalunya" (cláusula 6 del título II del Acuerdo interprofesional de Cataluña 2011-2014, <http://www.tribulab.cat/aic-2011-2014/>).

¹² Sobre la materia, con carácter general, La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública, en AA. VV., Mediación para la resolución de conflictos de personal en las Administraciones Públicas (E. Gamero Casado y M. Rodríguez-Piñero Royo coords.), Sevilla 2006, pgs. 25 ss.

diversos, alternativos, pero no incompatibles con los creados en torno a los acuerdos interprofesionales del sector privado. Como ya apuntamos previamente, resulta bastante previsible vislumbrar que en el inmediato futuro van a implantarse también procedimientos de mediación y arbitraje en la solución de los conflictos laborales de los funcionarios públicos. Y, por añadidura, ello parece oportuno que se produzca a través de mecanismos unitarios para todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, con independencia de que los mismos tengan la condición de laborales o de funcionarios. En muchas vertientes los asuntos laborales que les afectan son similares, los conflictos tienden a converger entre personal laboral y funcionario, se tiende a homogeneizar también su régimen jurídico por vía de ósmosis y de equiparación, incluso se comienzan a reconocer en la propia legislación positiva los acuerdos mixtos para funcionarios y laborales. Esta es la propia lógica en la que se desenvuelve el Estatuto Básico del Empleado Público.

En ese nuevo escenario, la nueva regulación tiende a establecer un régimen unitario de todos los empleados públicos, en el que cada vez son menores las diferencias entre personal laboral y funcionario, incluso con mayor proximidad entre estos dos colectivos comparativamente a la que se percibe entre personal laboral al servicio de las Administraciones y contratados laborales del sector privado. Como consecuencia de ello, para muchos conflictos colectivos es previsible una articulación común de ambos: laborales y funcionarios. De este modo, parece que el panorama a dibujar de futuro es el de conformar un Sistema conjunto para todo los empleados públicos, de modo que no se produzca una división en cierto modo artificial de remitir los conflictos del personal laboral a los acuerdos interprofesionales y los de los funcionarios públicos a los que se creen en su específico marco.

En todo caso, también es previsible que esa fórmula de futuro se dilate en exceso, de modo que durante un tiempo prolongado se produzca un vacío de cobertura, sin que se pudiera dar cumplimiento a la exigencia legal de que el personal laboral encuentre una vía de resolución de sus conflictos a través de la mediación y el arbitraje. Para dar respuesta a este panorama bastante probable, cabría pensar en una fórmula provisional hasta tanto se aborda una respuesta más definitiva. En concreto, cabría reflexionar en torno a la posibilidad de abrir paso para este concreto ámbito a la admisión de que sindicatos y Administración en sus respectivos convenios colectivos opten por adherirse al correspondiente acuerdo interprofesional o efectúen acuerdos de gestión de los conflictos por parte del correspondiente servicio o fundación. En otros términos, se podría permitir que para este concreto ámbito con carácter temporal se puedan producir mecanismos específicos de incorporación indirecta. Con ello se podría garantizar que no haya riesgos de ausencia de procedimientos de mediación y arbitraje para este ámbito, pero al propio tiempo siendo respetuosos con la necesaria libertad y autonomía de diseño para Administración y sindicatos del sector.

A estos efectos, merece la pena mencionar la solución adoptada por el ASAC, que a mi juicio ofrece una solución de cierto equilibrio y se sitúa en el ámbito de lo sugerido previamente. En concreto, dicho acuerdo, de un lado, mantiene la exclusión de los conflictos relativos al personal laboral de las Administraciones Públicas, a la vista de insuficiencia representativa de CEOE y CEPYME en los términos antes referidos¹³. Sin

¹³ “Se excluyen del presente Acuerdo...2. Los conflictos en que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos a los que se refiere el artículo 69 de la Ley de la Jurisdicción Social, sin perjuicio de lo establecido en la letra b) de la disposición adicional tercera del presente Acuerdo”.

embargo, complementariamente a esta exclusión de arranque, se abre la posibilidad de que los conflictos del conjunto de los empleados públicos (laborales y funcionariales) también se incorporen al SIMA por una vía posterior de acuerdo ampliatorio, previo concierto con la Administración Pública: “En el seno de la Comisión de Seguimiento del presente Acuerdo se analizará y acordará en su caso, la incorporación al mismo de...b) Los conflictos colectivos entre los empleados públicos y la Administración General del Estado y los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios, siempre que así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, adoptado en aplicación del artículo 45 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y su legislación de desarrollo. Asimismo, y con los mismos requisitos, los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral. Los conciertos que pudieran formularse entre los colectivos afectados y el SIMA serán formulados por escrito y suscritos por quienes representen en cada caso a las Organizaciones representativas. Su realización por los servicios de la Fundación SIMA no devengará lucro alguno”¹⁴. En esta tesitura, lo que se proyecta es dejar el asunto a la decisión de la Administración Pública, quien podrá optar entre crear su propio sistema de resolución de conflictos o bien canalizarlos por la vía del SIMA a través de la celebración del correspondiente concierto con la Comisión de seguimiento de ASAC. Si alguna crítica merece la fórmula del ASAC es que establece una especie de capacidad de rechazo por parte de la comisión de seguimiento a una posible propuesta de concierto formulada por la Administración: mientras que resulta razonable dejar a la Administración libertad de decisión en torno a su incorporación o no al sistema, más discutible es que se permita un rechazo por parte del Sistema.

4.- Crisis económica, medidas de reforma laboral y de reducción del gasto público

Es en el anterior contexto en el que se presenta la profunda y prolongada crisis económica que vivimos y que provoca la adopción de medidas reformadoras en muy diversos ámbitos, unas de carácter más estructural mientras que otras presentan un cariz más coyuntural. Entre esas medidas reformadoras han venido sido recurrentes las que se han centrado en el ámbito de las relaciones laborales, con particular incidencia sobre las políticas de rentas. Ante un escenario que limita notablemente el margen de actuación de las políticas económicas nacionales, derivadas de nuestra integración en la Unión monetaria europea, la presión se concentra esencialmente en las políticas laborales y sociales, con vistas a provocar un efecto de devaluación interna vía reducción de salarios y de contención de la deuda pública vía reducción de los gastos en políticas públicas sociales.

Se adoptan medidas de reforma laboral dirigidas esencialmente al incremento de la flexibilidad laboral en muy diversas vertientes institucionales, si bien todas ellas convergen en ese objetivo inmediato de contención primero y de reducción después de los niveles salariales. Ello, que se orienta esencialmente a actuar sobre el sector privado de la economía, se desarrolla en paralelo o precedido por una correlativa actuación sobre el sector público, esencialmente sobre el gasto de las Administraciones Públicas con vistas a lograr un cierto equilibrio de las cuentas públicas, que se concreta ante todo en una congelación cuando no directa reducción de los gastos correspondientes al capítulo I de los presupuestos públicos correspondientes a los gastos de personal de las diversas

¹⁴ Disp. adic. 3ª ASAC.

Administraciones Públicas; medidas éstas que se concretan tanto en la reducción de las dimensiones totales de los empleados públicos al servicio del conjunto de las Administraciones Públicas, como a la también reducción de las retribuciones de tales empleados públicos. Puede afirmarse que uno y otro frente de actuación comporta la adopción de medidas a través de técnicas jurídicas bien diferenciadas, si bien unas y otras presenten un hilo conductor común, en la medida que pretenden objetivos similares: unas en el ámbito de la recuperación de la competitividad de la economía nacional, mientras que otras en el terreno del reequilibrio del déficit público; ambas como mecanismo pretendido de recuperación de la senda del crecimiento económico en el conjunto del sistema productivo.

El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas constituye a estos efectos el segmento de la población asalariada destinatario doble de este tipo de políticas reformadoras: por su condición de trabajadores regidos por contratos de trabajo se presentan como sujetos destinatarios de las reformas de la legislación laboral adoptada a lo largo de este período; y, al propio tiempo, por su condición de empleados públicos al servicio de la Administración Pública son trabajadores afectados por las medidas de contención y reducción de los gastos de personal de los presupuestos de tales entidades públicas.

Eso sí, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas entre dentro del ámbito de aplicación formal tanto de las medidas estructurales de reforma laboral como las actuaciones en el ámbito de la reducción del gasto público, en la práctica, por razones de configuración y de técnica jurídica el impacto práctico resulta muy desigual de unas y otras medidas. Dicho de forma concreta, mientras que, cuando menos hasta el momento presente, se aprecia una débil eficacia de las medidas de reforma laboral sobre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, efectos inmediatos se perciben a resultas de las medidas específicas adoptadas para el conjunto de los empleados público en el marco de la reducción de los gastos de personal contemplados en los correspondientes presupuestos públicos. O, si se quiere dicho de otro modo, en la medida en que las medidas de reforma introducidas en el ámbito de la legislación laboral no resultan idóneas para su traslación al específico ámbito del sector público, se procede a adoptar medidas específicas y diferenciadas para el conjunto del empleo público. En estos términos, más allá de lo que se pueda presentar desde la perspectiva de la legalidad formal, el resultado práctico es una vez más que se aprecia un proceso de divergencia entre población ocupada en el sector privado y en el sector público en cuanto a las técnicas o instituciones jurídicas empleadas en estos procesos de reformas estructurales, más allá de que las consecuencias u objetivos buscados puedan confluir; al propio tiempo que se constata que las técnicas jurídicas empleadas para actuar sobre el funcionariado público tienden a extenderse también al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Veámoslos a partir de ahora en lo concreto y en la doble perspectiva; es decir, tanto en lo que supone de inadecuación de las medidas de reforma de la legislación laboral para su aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, como a la convergencia de las medidas adoptadas para funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Eso sí, tal descripción y análisis lo centramos en lo que es el objeto estricto del presente estudio, es decir, su incidencia sobre la negociación colectiva, sin ofrecer el panorama más completo que implicaría sobre todo analizar las medidas acometidas en relación con los procesos de reestructuración laboral, particularmente de las suspensiones y los despidos colectivos.

5.- La inadecuación para la Administración de las vías generales de reforma laboral

Muchas y variadas son las medidas adoptadas en materia de reforma de la negociación colectiva en las reformas laborales acometidas en el actual contexto de crisis económica, lo que impide su contemplación íntegra en estos momentos. Sin embargo, por su trascendencia estimamos que cuatro de ellas son las más relevantes y en ellas nos vamos a centrar para contrastar la hipótesis conclusiva formulada en el apartado precedente: la preferencia aplicativa absoluta de los convenios colectivos de empresa frente a los sectoriales, el reforzamiento de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos, la ampliación de la esfera de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo, así como la pérdida de vigencia del convenio colectivo a resultas de la reducción del alcance de la ultraactividad de los convenios colectivos.

5.1. La preferencia aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa

La incorporación entre los criterios resolutorios de las situaciones de concurrencia entre convenios colectivos de la regla que otorga preferencia aplicativa cuasi-absoluta al convenio de empresa frente a los sectoriales (art. 84.2 ET), se presenta en una perspectiva estructural o en el largo plazo esencialmente como un mecanismo de aproximación de las condiciones de empleo y de trabajo a las peculiaridades de cada empresa y, sobre todo como mecanismo de reforzar la correspondencia entre condiciones de trabajo y condiciones de productividad y competitividad de cada una de las empresas. Pero sobre todo se presenta como una fórmula que en lo coyuntural y en el corto plazo pretende propiciar una reducción de los costes laborales empresariales por la vía facilitar una negociación empresarial a la baja respecto de las condiciones que pueden estar fijadas en la negociación sectorial.

Ahora bien, si centramos exclusivamente la mirada en el impacto que puede tener dicha medida sobre la negociación colectiva que se desarrolla en el sector público y, especialmente, en el ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, cabe presumir que el impacto de dicha preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial puede ser de tono menor, cuando no prácticamente inocua. Y ello en base a las siguientes circunstancias.

Primera de ellas que, a resultas de las dimensiones de las Administraciones Públicas y de la singularidad del sujeto negociador de parte del empleador, el referente principal cuando no exclusivo en este ámbito es el convenio de ámbito empresarial, sin que se puede hablar propiamente de la presencia de convenios sectoriales; a lo más, se puede identificar un fenómeno de negociación pluriempresarial, dirigido a una variedad de personas jurídicas públicas o grupos empresariales públicas, pero que formal y materialmente no llegan a tener la condición de negociación sectorial. Por tanto, al no existir en este terreno la dualidad negociación empresarial versus sectorial, no se presentan escenarios de concurrencia convencional que puedan desencadenar la actuación de la regla de la preferencia aplicativa de un convenio respecto del otro.

En segundo lugar, en alguna hipótesis singular, como hemos indicado, en la que lo que podría presentarse en una situación de concurrencia entre convenios uniempresariales y convenios para grupos de empresa o para una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas, la reforma legislativa no contempla regla aplicativa de unos tipos de convenios colectivos frente a los otros, por cuanto que a todos ellos los cataloga como de idéntico nivel y, por ende, le otorga idéntica de posición

aplicativa los unos respecto de los otros (art. 84.2 in fine ET). A estos efectos, el legislador no orienta en modo alguno la estructura de la negociación colectiva, manteniendo a estos efectos la regla clásica y más neutra de la prohibición de afectación de un convenio colectivo durante su vigencia por convenio de ámbito diferente (art. 84.1 ET), a salvedad de lo que los interlocutores sociales puedan decidir establecer al respecto (art. 83.2 ET).

En tercer lugar, por cuanto que las superiores dimensiones de las diferentes Administraciones Públicas, salvo los casos muy específicos de las entidades locales de pequeño tamaño, unido a la ya vista superior centralización en la adopción de las decisiones en materia de gestión de personal en el ámbito de las Administraciones Públicas, desemboca en que el convenio colectivo empresarial no llegue a poder desplegar ese papel concebido para el convenio empresarial en el sector público de erosión de las superiores condiciones de trabajo fijadas a niveles superiores; más aún cuando, como ya hemos indicado, rara vez existe ese nivel superior de referencia en este ámbito.

5.2. El descuelgue de condiciones pactadas

El segundo instrumento ideado para la adaptación de las condiciones de trabajo a las específicas condiciones económicas y de competitividad de las empresas es, como resulta bien conocido, el mecanismo del descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, comenzando por la posibilidad de inaplicación del convenio colectivo de referencia para ese ámbito de aplicación (art. 82.3 ET).

Tampoco aquí parece tener juego práctico la figura para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, por las siguientes razones.

Primero, porque de nuevo el supuesto por excelencia del descuelgue se verifica cuando nos encontramos ante un escenario de convenio colectivo sectorial respecto del cual pretende descolgarse una específica empresa que se enfrenta a una coyuntura particular de dificultad económica, técnica, organizativa o productiva. En la medida en que de nuevo, nos movemos en un ámbito donde prácticamente no existen convenios sectoriales, la institución carece en las más de las ocasiones de funcionalidad práctica. Es cierto que, conforme a la nueva regulación, la Ley también contempla la hipótesis del denominado “autodescuelgue”, pero ello no comporta gran novedad cuando la renegociación del convenio vigente siempre ha estado abierta en nuestro sistema negocial, incluso ante tempus, por mucho que no existiera el deber de negociar. Eso sí, incluso para los supuestos en los que se mantuviese un residuo de aplicación del mecanismo del descuelgue para el personal laboral, éste tampoco llega a desplegar virtualidad práctica por las sucesivas circunstancias que pasamos a describir igualmente.

Segundo por cuanto que la definición de causas justificativas, más allá de la formalidad legal, se conciben y están previstas para ser aplicadas al sector privado de las relaciones laborales, con difícil adaptación al ámbito de la Administración Pública. En efecto, apenas que se lea la definición legal inmediatamente se parecía como las mismas tienen su lógica aplicativa en entidades que se desenvuelven en el ámbito de la concurrencia mercantil y especialmente respecto de entidades orientadas hacia el lucro económico. Nada de ello, como fácilmente se puede apreciar concurre en el caso bien singular del funcionamiento de las Administraciones Públicas, por mucho que su actuación se encuentre presidida por principios que le exigen actuar conforme a criterios de eficiencia económica y de austeridad en el gasto. Especialmente significativo resulta el hecho de que el legislador haya procedido a efectuar una adaptación de la definición normativa de las causas justificativas de los despidos colectivos para adaptarlas al ámbito

de las Administraciones y entidades públicas (disp. adic. 20ª ET), no haya efectuado operación en paralelo respecto del procedimiento de descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo. Se encuentra probablemente en la idea de que en este ámbito las dificultades legales se encuentran en articular reglas que canalicen las reducciones de empleo en la Administración, en tanto que caso de requerir de medidas inaplicativas de lo pactado en los convenios colectivos para el personal laboral resulta más idóneo canalizarlo por vías diferentes a las propias del descuelgue laboral, en los términos que veremos posteriormente.

Tercero, por cuanto que los tramites procedimentales previstos para habilitar el mecanismo de descuelgue en la legislación laboral tampoco son los más idóneos para dar respuesta a las pretensiones que pudieran manifestar las Administraciones a estos efectos.

De un lado, por cuanto que la vía de la solución a través de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos laborales, vía mediación y arbitraje, como ya hemos visto no acaban de extenderse en el ámbito del personal laboral, por mucho que comiencen a vislumbrarse mecanismos de apertura a los mismos.

De otro lado, porque la fórmula más novedosa y controvertida de la reforma laboral de 2012 en esta materia tampoco resulta fácilmente articulable en la práctica para el personal laboral: el arbitraje obligatorio resuelto directa o indirectamente por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas. Desde esta perspectiva se acentúan aún más si cabe los heterodoxo del sistema en el marco de un modelo basado en la autonomía colectiva: al pivotar la fórmula de la Comisión Consultiva u organismo correspondiente, desembocamos en el contrasentido de dar participación a las organizaciones empresariales privadas en un conflictos para el que carecen de la representatividad legítima de actuación, al propio tiempo que el fuerte protagonismo de la Administración Pública en la resolución de la discrepancia entre las partes los convierte en “juez y parte” que la aleja de la actuación conforme a la toma en consideración de los intereses generales de la comunidad.

5.3. La modificación sustancial de condiciones de trabajo

Actuando funcionalmente la regulación en materia de modificaciones sustanciales de las condiciones laborales (art. 41 ET) en términos similares al descuelgue cuando se trata de proceder a la inaplicación o alteración de los acuerdos o pactos colectivos, cabe trasladar también aquí las consideraciones efectuadas en el párrafo anterior en cuanto a la inadecuación del mencionado procedimiento estatutario cuando actúa sobre el ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Más aún, como ya indicamos en las consideraciones generales sobre las especialidades de la negociación colectiva en este ámbito, en el mismo no es viable la celebración de convenios colectivos extraestatutarios, circunstancia que determina la imposibilidad de utilizar el procedimiento de modificaciones sustanciales para la inaplicación de este tipo de productos de la negociación colectiva.

De otra parte, el carácter reglado de la actuación de la Administración Pública, unido al sometimiento a mayores exigencias de tratamiento uniforme del conjunto de los empleados públicos, impide igualmente que se establezcan condiciones de trabajo superiores a las pactadas convencionalmente por la vía del reconocimiento de condiciones más beneficiosas de carácter colectivo. Por ello, no es viable la presencia en

el ámbito de lo público de prácticas bastante extendidas en el sector privado de derivas salariales por la vía de “decisiones unilaterales del empleador de efectos colectivos” (art. 41.2 ET). Ello desemboca igualmente en que la funcionalidad de la posible utilización del procedimiento de modificaciones sustanciales para proceder a una supresión o alteración de este tipo de condiciones más beneficiosas colectivas tampoco tenga alcance alguno entre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Finalmente, de nuevo recordar lo dicho en relación con las causas justificativas de las medidas de reestructuración en general, ahora aplicadas específicamente al caso de las modificaciones sustanciales, en el sentido de estar concebidas más en clave de entidades con finalidad de lucro que actúen en el ámbito de la concurrencia mercantil. De ello deriva igualmente una nueva faceta que muestra la inadecuación del presente mecanismo de las modificaciones sustanciales para ser aplicado al ámbito del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

5.4. La pérdida de ultraactividad del convenio colectivo

Finalmente, también en el juego de la regla de la ultraactividad, su pérdida de vigencia comporta efectos de tal entidad e inseguridad jurídica en el ámbito del sector público, que conduce a que en la práctica su eliminación pueda provocar mayores inconvenientes que ventajas, visto ello desde el punto de vista de la garantía de los intereses de la Administración Pública cuando actúa en su condición de empleador.

En efecto, la pérdida de vigencia y aplicabilidad del convenio colectivo vencido provoca un vacío jurídico que en el sector privado remite a una intensa ampliación de los poderes organizativos unilaterales del empleador o, en su caso, propicia amplias posibilidades de desarrollo de fenómenos de individualización de las condiciones de trabajo. Una y otras consecuencias no resultan tan viables en el ámbito de la Administración Pública, lo que puede provocar elevadas dosis de inseguridad jurídica, cuando no de notable conflictividad laboral. Una vez más, recuérdese que el carácter reglado en la actuación de la Administración exige de la presencia de normas precisas conforme a las que se debe actuar, que en reiteradas ocasiones se lo proporciona el clausulado de los convenios colectivos. Por tanto, la pérdida de aplicabilidad del convenio vencido no otorga, cuando menos en el terreno de la práctica, elementos superiores de discrecionalidad para la Administración Pública, de modo que el vacío convencional no es fórmula útil en este ámbito.

Por ello, la hipótesis de que en estos casos, como puede suceder en muchas ocasiones en el sector privado, se proceda a aplicar el principio de condición más beneficiosa adquirida de carácter colectivo para la pervivencia de los convenios colectivos denunciados y vencidos, tiene mal encaje en el ámbito de la Administración Pública. Dicho mecanismo de consolidación de las condiciones más beneficiosas se articula por la vía de decisiones unilaterales discrecionales del empleador que presenta una elevada dificultad de articulación cuando el empleador tiene la condición de Administración Pública.

Al propio tiempo, al no existir como regla general convenios colectivos sectoriales en el ámbito de la Administración Pública, aquí dicho vacío no puede cubrirse con la regla alternativa de cobertura prevista legalmente: “Transcurrido un año desde la denuncia del convenio...se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación” (art. 86.3 ET).

Por todo ello, lo más previsible es que en este ámbito de la Administración Pública, a la vista de que la regla de la pérdida de efectos de la ultraactividad tras el transcurso del año tiene carácter supletorio en el texto legal, lo más previsible es que los convenios colectivos del personal laboral mantengan la regla de la ultraactividad indefinida, con lo cual la novedad de la reforma laboral de 2012 en esta materia carecería de todo impacto sobre el empleo público. Al prever expresamente la norma que esa regla de pérdida de vigencia actúa “salvo pacto en contrario”, resultan perfectamente lícitas esas cláusulas de pervivencia indefinida de la ultraactividad. Más aún, la mayoría de los convenios colectivos del sector público hoy en día contemplan ya la regla de la ultraactividad indefinida, ha de estimarse que son también lícita desde la perspectiva del derecho transitorio y, como tales, van a reforzar esa presunción de neutralidad de efectos en este terreno de la reforma laboral de 2012.

6.- Los mecanismos específicos en la Administración Pública

Confirmada, pues, a resultas de esa descripción general, la falta de adecuación de las reglas novedosas de la reforma laboral para el ámbito del personal laboral, se comprenden mucho mejor las adopción de medidas específicas para la Administración Pública; y que dichas medidas tiendan a ser comunes tanto para funcionarios públicos como para contratados laborales. Veámosla a continuación en lo concreto.

6.1. El establecimiento de modificaciones presupuestarias

Como es sabido, de las primeras medidas acometidas por el Gobierno a resultas de las dificultades cada vez más crecientes de control del déficit público consistió en una importante reducción de los salarios entre los empleados públicos, adoptada a la altura de mayo de 2010. Justamente ahí arranca la primera de las medidas acometidas, que supuso una reducción porcentual importante de la retribución del conjunto de los empleados públicos. Por tanto, ello también se efectuó respecto del personal laboral, con el efecto consecuente de modificación automática de lo pactado en convenio colectivo, si bien la concreta distribución de la reducción se remitía a lo que en su caso pactasen las partes a través de la renegociación de los convenios colectivos¹⁵. Eso sí, caso de que no se llegase a acuerdo en esa renegociación, la reducción retributiva se producía en todo caso. A su vez, dicha medida de reducción, provocar las correlativas actuaciones en

¹⁵ Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE 24 de mayo): “La masa salarial del personal laboral del sector público definido en el apartado Uno de este artículo experimentará la reducción consecuencia de la aplicación a este personal, con efectos de 1 de junio de 2010, de una minoración del 5 por ciento de las cuantías de cada uno de los conceptos retributivos que integran la nómina y que les corresponda percibir según los convenios colectivos que resulten de aplicación, a excepción de lo que se refiere a la paga extraordinaria del mes de junio de 2010 a la que no se aplicará la reducción prevista en el presente apartado.

En el supuesto en que a 1 de junio de 2010 no hubiera finalizado la negociación colectiva para aplicar el incremento retributivo establecido en el artículo 22.Dos.A) de esta ley, la minoración del 5 por ciento sobre los conceptos retributivos a que se refiere el párrafo anterior se aplicará sobre las actualizadas a 1 de enero de 2010 de acuerdo con los incrementos previstos en las correspondientes leyes de presupuestos.

Sin perjuicio de la aplicación directa e individual en la nómina del mes de junio de 2010 de la reducción a que se refieren los párrafos anteriores, la distribución definitiva de la misma podrá alterarse en sus ámbitos correspondientes mediante la negociación colectiva sin que, en ningún caso, de ello pueda derivarse un incremento de la masa salarial como consecuencia de la aplicación de las medidas recogidas en los puntos anteriores.

cadena en el ámbito de las correspondientes leyes presupuestarias de las Comunidades Autónomas, que en igual medida provocaron idéntica reducción retributiva para sus empleados públicos y, por ende, modificación automática de lo pactado en los convenios colectivos de aplicación a su personal laboral.

Como puede fácilmente constatarse, este tipo de medidas de modificación presupuestaria provocan un efecto inmediato de debilitamiento de lo pactado vía convenio colectivo y, a la postre, son un mecanismo directo de inaplicación del contenido del convenio colectivo. Dicho de otro modo, la modificación presupuestaria se presenta como un mecanismo de mayor calado que los procedimientos de descuelgues de condiciones pactadas en convenio colectivo, si bien al propio tiempo despliegan función idéntica a la del descuelgue salarial, de modo que lo hacen innecesario.

Desde algunas posiciones se intentó considerar que el poder público se encontraba condicionado por lo pactado en convenio colectivo, de modo que la eficacia vinculante del convenio colectivo actuaba como instrumento de blindaje frente a las posibles modificaciones presupuestarias. Sin embargo, ese intento carece de recorrido, teniendo en cuenta que en base al principio de jerarquía normativa, al instrumentarse tales modificaciones presupuestarias por vía de una norma con rango de Ley, la misma se impone sobre los contenidos de lo pactado en convenio colectivo. Como bien indica la legislación laboral en materia de convenios colectivos, éstos pueden establecer las condiciones de trabajo “dentro del respeto a las leyes” (art. 85.1 ET), de modo que nada impide alterar lo pactado para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas por vía de cambios en las leyes presupuestarias. A mayor abundamiento, este tipo de cambios pueden aplicarse de inmediato a partir de la entrada en vigor de la norma en cuestión, por cuanto que tratándose de un efecto a partir de la fecha de entrada en vigor no puede considerarse se incurra en la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE).

El propio Tribunal Supremo así lo ha sancionado precisamente respecto de un asunto referido a una empresa pública de la Generalitat de Cataluña, zanjando con ello cualquier debate que pudiera persistir al respecto:

“...las retribuciones del personal de CIRE, sin perjuicio de la negociación colectiva que pueda llevarse a cabo para su concreta distribución, están sometidas a los límites de la masa salarial fijados en sus presupuestos -integrados en los Generales de la Generalitat- para cada anualidad...”

...La única característica singular del caso es que la limitación presupuestaria no se hizo solamente ex ante sino también ex post, debido a circunstancias de crisis bien conocidas. Pero por eso fue necesario modificar la Ley de Presupuestos del año 2010, si bien no se hizo con efecto retroactivo puesto que la modificación, y la consiguiente reducción salarial, ha operado a partir del mes de junio de 2010, es decir con posterioridad a la norma que establece dicha modificación. Siendo esto así, no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que debiera seguir el procedimiento del artículo 41 del ET sino ante una nueva fijación de límites a la negociación colectiva dimanante de normas presupuestarias de superior rango que, en el caso, solamente tienen la ya citada singularidad de su inhabitual fecha de promulgación, lo que implica la reducción salarial que se denuncia...” (STS de 23 de febrero de 2012, RJ 3905).

6.2. La fijación de topes legales con efectos a los convenios vigentes

La segunda de las vías a través de las cuales se ha actuado, de confección técnica bastante asimilada a la anterior, es la del establecimiento de topes máximos legales a lo que se puede pactar en convenio colectivo. Si bien lo habitual en el ámbito de lo laboral es el establecimiento de condiciones de trabajo como mínimos de derecho necesario, que permiten a través del juego de la suplementariedad la introducción de condiciones diferentes en la negociación colectiva que reconozcan mejores derechos a los trabajadores, también es viable que se produzca el fenómeno inverso. Es posible que la Ley, en base a razones de diverso tipo sea de atención a consideraciones de interés general o de pautas de política económica general, proceda a establecer topes máximos o reglas inalterables por parte de la negociación colectiva. Aunque no se trate de un fenómeno muy extendido, es posible encontrar reglas de estas características para el conjunto de la negociación colectiva. Como ejemplo más reciente cabe mencionar la prohibición de establecimiento en los convenios colectivos de reglas en materia de jubilación de los trabajadores al cumplimiento de la edad ordinaria correspondiente (disp. adic. 10ª ET), o bien la fijación de una duración para el periodo de prueba en el contrato de trabajo indefinido para pequeñas empresas que es regla de derecho necesario no alterable por la negociación colectiva (art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio, BOE 7 de julio). Estas reglas, al ser comunes para toda la negociación colectiva laboral, pueden actuar en iguales términos para la Administración Pública.

Pero es más, también comienzan a aparecer reglas sobre el particular que, aunque se presentan con carácter general dirigidas a todas las empresas y trabajadores, en la práctica adquieren su mayor impacto sobre el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Así sucedió, por ejemplo, con la regla que con base en la normativa comunitaria, eliminó las restricciones a la utilización de la puesta a disposición efectuada por parte de las empresas de trabajo temporal, que presentaba un juego particularmente intenso para las Administraciones Públicas y que se había reforzado por la negociación colectiva para el personal laboral de las entidades públicas¹⁶.

Mucho más reciente es el fenómeno de aparición de normas de derecho necesario inalterables para la negociación colectiva específicamente prevista para el personal laboral al servicio de la Administración Pública, que actúan con efectos de inaplicación de lo establecido en los vigentes convenios colectivos; por tanto, con efectividad automática a partir de ahora sobre las condiciones de trabajo del mencionado personal laboral. Dicho de otro modo, mientras que para la negociación colectiva del sector privado las reglas legales en esa materia se siguen desarrollando en el ámbito de la suplementariedad, en el caso concreto de la Administración Pública se contemplan como topes máximos o reglas de derecho necesario de todo punto inalterable.

Esta técnica jurídica es precisamente la que se ha utilizado muy recientemente a los efectos de impedir que vía convenio colectivo se produzca una reducción de la jornada de trabajo semanal¹⁷, una ampliación de la duración de disfrute de las vacaciones, incrementos de los permisos retribuidos, una ampliación de la prestación por incapacidad temporal, una recuperación de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad,

¹⁶ Disp. adic. 4ª Ley 14/1994, de 1 de junio, conforme a la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre).

¹⁷ Art. 4 Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

así como en materia de los derechos sindicales¹⁸. En unos casos se trata de medidas de carácter coyuntural para un año concreto, como es el caso de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad, mientras que en otros casos se trata de medidas estructurales de carácter permanente, como aparentemente al menos el resto de los supuestos mencionados. En todo caso, lo más importante desde la perspectiva que estamos analizando el asunto es que todas estas reglas pueden provocar un efecto inmediato de modificación de lo pactado en los correspondientes convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En unos casos ello se establece de manera expresa para la concreta materia, por cuanto que el propio precepto precisa el efecto sobre los convenios colectivos vigentes: “A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley dejarán, por tanto, de tener validez y surtir efectos, todos los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido”. Así se contempla expresamente para lo relativo a los derechos sindicales¹⁹, para los complementos a las situaciones de incapacidad temporal en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social²⁰, así como de manera algo más implícita para gratificación extraordinaria de navidad²¹.

Hay otros supuestos en los que no se recoge de manera específica tal regla para la concreta materia, como son los relativos a permisos por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza; en estos casos la regulación se contempla inicialmente como de exclusiva aplicación a los funcionarios públicos, si bien inmediatamente a continuación se procede a declarar como suspendidos y sin efectos los productos negociales que lo contradigan, con mención expresa no sólo a los acuerdos y pactos colectivos para los funcionarios públicos, sino igualmente a los convenios colectivos para el personal laboral²². Una lectura de conjunto del precepto necesariamente debe llevar a la conclusión de que el legislador también desea incorporar un régimen que comporte topes legales a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; prueba de ello será que la exposición de motivos de la norma aclare, por ejemplo, que con la citada norma “Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas”. Y, como colofón final, aparece una regla de amparo general, aparece también una regla de inaplicación genérica de los convenios colectivos en cuanto se opongan a la reforma legislativa en cuestión: “Se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado, suscritos por las Administraciones

¹⁸ Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

¹⁹ Art. 10 RDL 10/2012, de 13 de julio.

²⁰ Art. 9.7 RDL 20/2012, de 13 de julio.

²¹ Art. 2.2.2.1 RDL 20/2012, de 13 de julio.

²² “Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas que no se ajusten a lo previsto en este artículo, en particular, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza”(art. 8.3 RDL 20/2012, de 13 de junio). Lo que se complementa, reitera y se aclara más aún en el momento de concretar la correspondiente disposición transitoria de la misma norma: “Lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre vacaciones y días de asuntos particulares, días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza, no impedirá que el personal funcionario, estatutario y laboral disfrute los días correspondientes al año 2012, conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor de este Real Decreto-ley” (disp. trans. 1ª).

públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título”²³.

En otros casos el efecto modificativo sobre los convenios colectivos no se contempla para el supuesto específico, en la medida en que su previsión como límite a lo negociable no se llega a fijar de manera tan clara, pues no hay mención directa al efecto que ello produce sobre los convenios colectivos. El punto de partida a estos efectos debe ser el de la presunción de la posibilidad de negociar tales materias por parte de los convenios colectivos del personal laboral mientras que no se produzca una prohibición expresa, particularmente cuando se trata de contenidos típicos y tradicionales de la negociación colectiva laboral. Ahora bien, también ha de admitirse que en ocasiones, por el contexto en el que se produce la intervención legal, así como a resultas de la finalidad de la norma, que puede incluso deducirse de forma implícita por la forma como se redacta el nuevo régimen de condiciones de trabajo, haya de concluirse que también en estos casos se pretende que la medida tenga impacto inmediato sobre lo pactado en los convenios colectivos vigentes; a tenor de la finalidad del precepto, de su voluntad de cambios material de las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados públicos sin diferencias entre grupos o situaciones, ha de interpretarse que en algunos casos, a pesar del silencio, de manera indirecta se está provocando igualmente el efecto de alteración de lo pactado en los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Ejemplo típico de esto último se presenta en el caso de la ampliación de la jornada máxima semanal, donde hay clara alusión al objetivo pretendido en la exposición de motivos de la norma (“a partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos”) y se refleja en la forma gramatical empleada en el precepto que introduce esta regla (“la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a...”).

Como hemos indicado, lo novedoso que presentan estas medidas es que las mismas contienen reglas comunes y propias para todos los empleados públicos (funcionarios y personal laboral), con la consecuencia de que las mismas comportan una diferencia de tratamiento respecto de los trabajadores contratados laboralmente en el sector privado; por tanto, una diferencia de régimen jurídico entre los convenios colectivos del sector privado y del sector público. Tan es así que ello implica en ocasiones incluso que se proceda a una modificación parcial y temporal del propio Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que ello supone también la supresión de un derecho legal; caso justamente que se produce respecto de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad²⁴.

En cuanto a la viabilidad de este tipo de medidas, de nuevo el punto de partida puede ser que al estar contempladas tales medidas en una disposición con rango de Ley, aunque ahora no lo sean por vía de modificación presupuestaria, se reclaman del principio de jerarquía normativa y, como tales, son de obligado respeto por parte de la negociación colectiva. En los mismos términos, en la medida en que sus efectos previstos lo son a partir de la entrada en vigor de la reforma legal, la misma no puede ser tachada por incurrir en la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales.

²³ Art.16 RDL 20/2012, de 13 de junio.

²⁴ Art. 6 RDL 20/2012, de 13 de junio.

Eso sí, el calado de algunas de las reglas limitativas de la negociación colectiva puede razonablemente poner en cuestión hasta qué punto la misma no llega a afectar al contenido esencial del derecho tal como el mismo viene reconocido constitucionalmente (art. 37.1 CE); y, de igual forma, hasta qué punto concurren en estos casos razones objetivas y proporcionadas que justifiquen las diferencias de tratamiento con la negociación colectiva para el personal laboral del sector privado, de modo que en caso contrario se incurra en la prohibición constitucional de tratamiento discriminatorio (art. 14 CE). Una cosa es que la negociación colectiva en el ámbito del sector público, por ende tanto para funcionarios como para laborales, requiera del establecimiento de una serie de especialidades que incluso comporten ciertas limitaciones en los contenidos de lo pactable, y otra bien diferente es que esas restricciones sean de tal intensidad que desnaturalicen y vacíen de contenido real a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública. En estos casos, la profundidad de las restricciones resulta manifiesta, dado que alcanzan al núcleo de contenidos de la negociación colectiva, en particular tanto a las retribuciones como a la jornada de trabajo. Ello puede admitirse como conciliable con el reconocimiento constitucional a la negociación colectiva en tanto que la medida tenga el carácter de coyuntural y ante unas perspectivas económicas extraordinarias, como son las derivadas de un fuerte desequilibrio de las cuentas públicas. Pero, desde luego a nuestro juicio, ellas entran en colisión con los mandatos constitucionales (arts. 14 y 37.1 CE) cuando las mismas se pretenden tenga un carácter estructural. Así, por ejemplo, no es lo mismo inaplicar durante un concreto ejercicio económico lo pactado en materia de paga extraordinaria por navidad y otra bien diversa establecer topes máximos permanentes respecto a lo negociable en materia de jornada de trabajo, vacaciones, permisos o complemento por incapacidad.

A mayor abundamiento, en algún caso concreto las medidas adoptadas invaden el espacio de lo regulado por medio de Ley Orgánica, de modo que la norma deviene inconstitucional en la medida en que una Ley ordinaria no puede alterar lo previsto en una Ley Orgánica. Esto es precisamente lo que sucede cuando se impide que los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas puedan fijar el número de delegados sindicales; el número de delegados sindicales viene previsto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, si bien haciéndolo como regla supletoria, entendiéndose de carácter prevalente la regulación contenida en los convenios colectivos: “Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecidos en la escala a la que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo corresponden a cada uno de éstos” (art. 10.2 LOLS). Nada impediría establecer el número de delegados sindicales por Ley y no permitir su alteración a los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; pero ello requiere una modificación de la correspondiente Ley Orgánica y es inviable hacerlo a través de un simple Real Decreto-Ley.

6.3. El procedimiento general de inaplicación del convenio colectivo

El último hito en este proceso in crescendo de establecimiento de reglas diferenciadas en el régimen de la negociación para el personal laboral se encuentra ahora en la incorporación de un procedimiento general de inaplicación de lo pactado en los convenios colectivos para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

Se trata de un mecanismo ya existente en el ámbito de la negociación colectiva dirigida a los funcionarios públicos²⁵.

Lo que se hace ahora es trasladar con un mimetismo cuasi pleno la fórmula funcional para el ámbito del personal laboral: “Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación”²⁶.

Se trata, como fácilmente se deduce de la redacción legal, de un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, en paralelo para funcionarios y personal laboral, que para el caso concreto del personal laboral se presenta como un mecanismo asimilado al del descuelgue propio del Estatuto de los Trabajadores. Eso sí, como fácilmente se puede comprobar con un cualitativo contraste en el canal procedimental de descuelgue: en un caso remitido a la decisión unilateral de la Administración Pública como poder público, mientras que en el otro caso sometido a un mecanismo de arbitraje, primero voluntario y después obligatorio, aunque confluyan en este último caso un fuerte poder decisorio de la autoridad laboral.

Al propio tiempo, la fórmula en cuanto a sus efectos se asimila también a lo que se ha venido haciendo en los últimos tiempos por las dos vías precedentemente descritas: las modificaciones presupuestarias y el establecimiento de límites o topes a la negociación colectiva para el personal laboral. En ambos casos el resultado es el mismo: la automática inaplicación o modificación de lo pactado en convenio colectivo. Eso sí, el resultado se produce a través de un procedimiento diferenciado y en parte también con diverso alcance. Destaquemos los rasgos diferenciales más significativos al efecto.

En primer lugar, el instrumento normativo y, por derivación, el sujeto legitimado para adoptar la medida suspensiva o modificativa del convenio colectivo. En los casos anteriores la medida. En efecto, en las medidas descritas en los apartados precedentes ello se verificaba a través de normas con rango legal y, por tanto, por parte de poderes políticos con legitimidad para adoptar este tipo de disposiciones con tal rango: Parlamento o Gobierno, bien lo sea central o autonómico. Ahora se trata de una Ley que habilita de forma genérica al poder ejecutivo para que por vía de acuerdo específico adopte la medida suspensiva o modificativa. En concreto, se faculta a adoptar tal medida a “los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. Lo más relevante desde el punto de vista subjetivo a estos efectos es que dicha medida puede ser adoptada no sólo por la Administración central y la autonómica, sino también por la local. Desde el punto de vista formal, lo más significativo es que la regla no debe atenerse a los requisitos institucionales impuesto a la aprobación de las leyes, sino exclusivamente a los contemplados en la propia norma reguladora del mecanismo de descuelgue.

²⁵ “Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación” (art. 38.10 EBEP).

²⁶ Art. 32.2 p. 2 EBEP, conforme a la redacción dada por el RDL 20/2012, de 13 de julio.

En segundo lugar, se precisa con relativa exactitud el tipo de entidades que pueden verse afectadas y, por tanto, al tipo de convenios colectivos que pueden ser objeto de suspensión o modificación. En este caso la norma se refiere específicamente a los convenios colectivos y acuerdos que afecten al “personal laboral”. La propia Ley en la que se establece este mecanismo de descuelgue ofrece una definición precisa de la expresión “personal laboral”, refiriéndola de forma estricta al personal que “presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas” (art. 11.1 EBEP). Ello comporta a nuestro juicio que el procedimiento de descuelgue en este caso sólo puede extenderse al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; en sentido negativo no se aplica a las entidades que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del EBEP, lo que supone, en sentido negativo que no abarca a las empresas públicas que no tiene la consideración de entidades de Derecho Público. Dato indirectamente orientativo al respecto puede encontrarse en que algunas de las medidas comentadas en el apartado anterior de topes máximos no se llega a aplicar en todos sus efectos a las “fundaciones, sociedades mercantiles y resto de entidades que conforman el sector público”²⁷.

En tercer lugar, la norma exige precisas circunstancias de excepcionalidad para justificar la adopción de la medida de tal envergadura que llega a producir un efecto de excepción a la eficacia vinculante de los convenios colectivos, siendo a la postre estas situaciones extraordinarias las que justifican desde la perspectiva constitucional la mencionada excepción a la eficacia convencional. Como literalmente impone el precepto en cuestión, la medida inaplicativa tan sólo se podrá adoptar “excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”. Ello no puede convertirse en una mera declaración irrelevante, que permita una libre apreciación de su concurrencia por parte del órgano que la adopta y, a la postre, una plena discrecionalidad en la decisión inaplicativa. No se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad, tratándose a la postre de un acto jurídico reglado como tal controlable en su legalidad por parte de los Tribunales de Justicia, tanto por lo que refiere a los requisitos de procedimiento como de causa justificativa. En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida con el ámbito en la que éstas se adoptan (estatal, autonómico o local), el contenido e intensidad de las medidas que se adoptan, así como del alcance temporal de las mismas.

Por tanto, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación. Si bien el precepto en cuestión resulta algo impreciso respecto del contenido convencional objeto de inaplicación, es obvio que una lectura finalista del precepto viene a exigir que la exclusión del cumplimiento del convenio sólo puede afectar a contenidos vinculados a las causas excepcionales que justifican la medida y al propio tiempo en tanto que tales medidas sirvan para paliar la situación negativa en la que se encuentra la Administración Pública derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas. En concreto, ha de entenderse que sólo los contenidos negociales que tengan directa conexión con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue. Ello no quiere decir que sólo lo relativo a retribuciones y percepciones extrasalariales puede ser objeto de inaplicación, dado que otras condiciones de trabajo presentan también una inmediata afectación a los costes de personal globalmente considerados de

²⁷ Disp. final 8ª RDL 20/2012, de 13 de julio.

la Administración Pública como parte empleadora. Pero lo que tampoco cabe es presumir que todo pacto en convenio colectivo, por cuanto que al final cabe encontrar siempre un resultado económico en cualquier tipo de compromiso asumido vía convenio colectivo. A tal efecto, ha de entenderse que hay cláusulas que, aunque no dejen de tener repercusión económica, su valor primordial y objetivo por excelencia se sitúan en un terreno diverso, de reparto de poder o de control entre las partes por ejemplo, que en ningún caso podrá ser objetivo de inaplicación por esta vía.

Asimismo, la causa debe conectar igualmente con la duración de la medida, en esta ocasión con fuerte paralelismo a lo que constituye el mecanismo de descuelgue previsto en el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, en la medida en que se trata de causas de excepcionalidad, de alteración sustancial de las circunstancias económicas, ello presupone la concurrencia de una situación coyuntural. Coyunturalidad que, como tal, implica el efecto temporal de la inaplicación del convenio colectivo. Ello va implícito en el término “suspendan” con el que se califica la decisión de la Administración Pública. Pero en igual medida debe entenderse incorporada al término alternativo de “modifiquen”; aunque expresamente no lo prevea la norma, por coherencia finalista del precepto y sus obvias concomitancias con el procedimiento de descuelgue para el resto de los trabajadores asalariados, ha de interpretarse que la modificación de lo pactado en convenio colectivo ha de tener un alcance temporal. Temporalidad, por lo demás que debe precisarse con exactitud en el acto administrativo por medio del cual se acuerda la inaplicación del convenio, indicando la precisa duración de la misma, que ha de entenderse como máximo ha de coincidir con la vigencia del convenio colectivo. De afectar pro futuro a la renegociación del convenio, deberían adoptarse medidas adicionales y posteriores que constataran la pervivencia de las causas justificativas que determinaron la medida inaplicativa. En este carácter temporal de la medida se diferencia también la misma respecto del mecanismo analizado previamente relativo a la fijación de límites o topes máximos a la negociación colectiva. Como vimos en su momento, allí podría producirse que tales restricciones a la negociación colectiva se presentasen como estructurales o permanentes, naturalmente con los condicionantes obligados derivados como indicamos en su momento del respeto al contenido esencial del derecho constitucional a la negociación colectiva, así como a la objetividad y proporcionalidad de la diferencia de régimen jurídico respecto de los asalariados del sector privado. Pero, en todo caso, mientras que como regla general las medidas limitativas o restrictivas en Ley de la negociación colectiva pueden tener carácter permanente, en este caso del procedimiento de inaplicación derivado de circunstancias de excepcionalidad la medida debe necesariamente estar presidida por la temporalidad de sus efectos inaplicativos del convenio colectivo. Es oportuno resaltar esta diferencia, por cuanto que el tenor literal de las normas puede inducir en ocasiones a error, dado que en ambos supuestos se utiliza el término “suspensión”, lo que obliga a aclarar que el uso del término es correcta para la regla inaplicativa que estamos analizando en este apartado, pero que resulta errónea cuando se conecta con la fijación de topes o límites que se fijan con carácter permanente.

Para concluir, el precepto poco dice respecto de la tramitación del acuerdo de la Administración de inaplicación convencional. Se limita a exigir que la Administración proceda a informar a las organizaciones sindicales acerca de las causas de la suspensión o modificación. Ni siquiera es fácil deducir de la norma el momento en el que se debe producir dicha información, si lo debe ser inexcusablemente antes de la adopción de la decisión o una vez acordada la misma. También es bastante impreciso respecto el precepto respecto de las organizaciones sindicales a las que debe informar, ni si debe entrar en contacto independiente con cada una de ellas o bien corresponde hacerlo de

manera conjunta a través de la convocatoria pertinente de la comisión paritaria del convenio colectivo o de la comisión negociadora que firmo el correspondiente convenio colectivo. La falta de precisión al respecto por parte de la norma da pie a tener que admitir que la norma en el fondo da por válidas cualesquiera de los momentos y procedimientos previamente hipotizados. Ni siquiera es fácil adivinar cuáles serían las consecuencias jurídicas derivadas de un posible incumplimiento del deber informativo impuesto por la norma, si bien resulta muy difícil deducir que el acuerdo inaplicativo devendría ilícito a resulta de un deber tan débil como es el de mera información, cuando la clave se encuentra en el elemento material de concurrencia de las causas justificativas que avalan la medida inaplicativa. Bien diferente hubiera sido, como hubiera resultado más oportuno, que la norma hubiera exigido un trámite de consulta preceptivo pero no vinculante a las organizaciones sindicales más representativas, con carácter previo a la adopción de la medida inaplicativa.