



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2012
Barcelona



Seminari

**sobre relaciones
colectivas**



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el licenciator (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Acuerdo de
Formación Continua
en las Administraciones
Públicas

Edita

Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació

Lacuina gràfica

Sumari

1^a sessió

23/10/12

Alternatives a la crisi: una visió constructiva de la situació

2^a sessió

29/11/12

La reordenació de les competències locals. Afectació a les plantilles de personal. Accions i decisions que es poden aplicar

3^a sessió

11/12/12

El temps de treball a la funció pública després de la reforma laboral i la Llei de pressupostos

Introducció

Enguany tindrà lloc la 14a edició del Seminari sobre relacions col·lectives. En un any com aquest, marcat per una profunda crisi que afecta el món local, i per reformes diverses i molt significatives en l'àmbit de les relacions laborals, tant del sector privat com del públic, s'ha cregut adient dedicar les ponències a una mostra d'aquests aspectes, i que mereixen una reflexió assossegada, més enllà de l'emergència diària i quotidiana, però absolutament imprescindible, perquè poden marcar estratègies i polítiques de recursos humans per als anys vinents.

En concret, el seminari ha quedat distribuït en tres àmbits. En el primer, s'hi tractarà tot allò que afecta el temps de treball i la jornada del personal laboral i funcionari, d'una importància cabdal després de la reforma laboral del 2012 i la normativa que ha incidit en aquest àmbit, a través de la Llei de pressupostos per al 2012. En segon terme, ens referirem a les fórmules legals d'inaplicació o modificació dels pactes o acords funcionaris, i als acords o convenis col·lectius del personal laboral, però alhora també s'hi plantejarà quin tipus de mesures poden prendre els ens locals que vagin més enllà d'algunes sortides fàcils; això és, analitzar vies alternatives a les mesures més dràstiques en els plans d'ajustament. Finalment, en un moment en què es planteja un canvi molt profund de l'àmbit de competències locals, s'ha cregut oportú tractar aquesta qüestió i veure com la reordenació d'aquestes competències pot afectar les plantilles del personal laboral i funcionari dels ajuntaments.

Com hem afirmat en d'altres ocasions, la Federació de Municipis de Catalunya vol aprofundir en el seu paper de punt de trobada, debat i resolució de les qüestions més punyents de l'actualitat, en l'àmbit de les relacions en l'ocupació pública, i més encara aquest any 2012, en què s'ha de fer front a una situació difícil en les relacions de treball en el sector públic, en una dinàmica ja iniciada els darrers anys, però que s'ha accentuat molt, i on cal que tots els operadors tinguin la informació i la reflexió suficient per encarar els reptes que la gestió dels recursos humans ens durà els propers mesos.

Xavier Boltaina Bosch

Gerent de la Diputació de Barcelona i professor de Dret Administratiu de la Universitat de Barcelona.

Ponéncias

1^a sessió 23/10/12

Alternatives a la crisi: una visió constructiva de la situació

La inaplicació o modificació dels pactes o acords i convenis col·lectius vigents.
Alternatives i opcions.

Personal funcionari: **Carlos Luis Alfonso Mellado**, catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de València.

Personal laboral: **Jesús Cruz Villalón**, catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social de la Universitat de Sevilla.

Mesures alternatives als plans d'ajustament en relació al personal funcionari i laboral: exemples pràctics.

Javier Cuenca Cervera, professor associat de la Universitat de València i excap de Recursos Humans de Bombers de València.

Mikel Gorriti Bontigui, cap de servei de la Direcció de Funció Pública del Govern Basc.

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

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

Carlos L. Alfonso Mellado

Catedrático de Derecho del Trabajo y
Seguridad Social
Universidad de Valencia

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

INTRODUCCIÓN.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Por todas STS 19-5-95, RJ 4277.

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

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

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

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

2. LA OBLIGATORIEDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FUNCIONARIAL.

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

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

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

La jurisprudencia es clara al respecto de la obligatoriedad de la negociación para la Administración Pública en las materias contempladas como objeto de dicha negociación¹⁰ y además insiste, con pleno acierto y confirmando que la negociación es algo más que la consulta, en que el trámite de negociación no podía sustituirse por el mero trámite de consulta a que antes aludía la LORAP¹¹, sin que tampoco pueda admitirse como suficiente la consulta con muchos o todos los directamente afectados pero no con las organizaciones sindicales legitimadas, privándoles así de hacer observaciones, sugerencias y cuanto en definitiva es propio de un proceso de negociación¹².

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

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

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

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

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

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

¹² STS 4-2-04, RJ 886.

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

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

Es más, como la negociación es obligada y, como ya se dijo, sólo se admite como tal cuando se realiza por los cauces legales, en estos casos sólo se admite como válida la desarrollada en la Mesa correspondiente y debe hacerse con carácter previo y suficiente antelación a la adopción de cualquier disposición cuyo contenido deba someterse a negociación, sin que se entienda cumplimentada la obligación por una negociación en un ámbito distinto a la Mesa¹⁴, o realizada "a posteriori" o con una antelación tan escasa que la impida en la práctica y la convierta en algo meramente formal y sin sentido real¹⁵. Tampoco se considera cumplido el trámite con una mera notificación o comunicación de la posición de la Administración¹⁶.

La falta de negociación es un defecto insubsanable que conduce a la invalidez radical, a la nulidad de las actuaciones que omitan sujetarse a la misma¹⁷.

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

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

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

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

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

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

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

Los Pactos, al igual que los Acuerdos, son fruto de la negociación colectiva en el ámbito funcionarial¹⁸; por lo tanto tienen una finalidad esencial, la regulación de las condiciones de trabajo (en sentido amplio) de los empleados públicos sujetos a una relación funcionarial.

¹³ STS 6-2-04, Rec 7856/1998, RJ 972.

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

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

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

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

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

Desde esta perspectiva, desde luego, la negociación colectiva, es bastante más que una difusa participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, aludiendo expresamente el artículo 31.2 del EBEP al derecho “a negociar la determinación de las condiciones de trabajo”.

1º) La eficacia de los Pactos

Los Pactos se celebran sobre materias que se correspondan con el ámbito competencial del órgano que los suscribe y, una vez suscritos, vinculan a dicho órgano y a los representados por los firmantes, generan derechos y obligaciones para quienes están comprendidos en su ámbito, en el que despliegan eficacia general, pues no cabría aplicar condiciones diferentes a los funcionarios del mismo ámbito, y prevalecen sobre los reglamentos anteriores, sin que tampoco puedan ser alterados o privados de efecto total o parcialmente por normas reglamentarias posteriores, ya que la potestad reglamentaria unilateral sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios sólo se mantiene por la Administración ante el fracaso de la negociación colectiva y tras agotar, previamente, los procedimientos de solución extrajudicial (EBEP art. 38.7).

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

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

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

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

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

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

Los Acuerdos son el instrumento con el que finalizan las negociaciones sobre materias competencia de los órganos de Gobierno de las diferentes Administraciones Públicas (Consejo de Ministros o del órgano de gobierno equivalente de las Comunidades Autónomas o Entidades Locales), competencias que en ocasiones serán propias y que, en otros casos, requerirán la adopción de una norma con rango de ley, por lo que el órgano de gobierno deberá remitir al órgano legislativo el Acuerdo en forma de proyecto de ley para que sea aprobado como tal.

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

Los Acuerdos aprobados se sujetan a los mismos trámites de remisión a la oficina pública y publicación que los Pactos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3º) La específica eficacia de los Acuerdos en materias sujetas a reserva de ley

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

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

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

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

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

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

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

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

Conviene aquí hacer dos matizaciones.

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

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

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

En este sentido las sentencias que se han pronunciado sobre la omisión de trámites de negociación obligatoria se han referido, por razones obvias, a la elaboración de disposiciones reglamentarias, pero en todas ellas es claro que se parte del carácter imperativo de la obligación de negociar que se desprendía del artículo 32 LORAP y hoy se mantiene; por tanto, cualquier disposición en la que se omitía el correspondiente trámite negociador previa se consideraba elaborada en forma incorrecta y viciada de nulidad¹⁹. Si bien, como es claro, la obligación es someterse a una negociación, pero en ella nada impone, por otra parte, alcanzar acuerdos²⁰, por lo que no existe vicio de nulidad si finalizada la negociación sin acuerdo la Administración remite unilateralmente el proyecto de ley en los términos que ella considere convenientes.

El carácter prelegislativo de esta negociación se reforzó con las interpretaciones jurisprudenciales²¹ que han insistido en la imposibilidad de la vinculación de los órganos legislativos a los pactos sobre incrementos presupuestarios, que han dado un carácter muy formal a esta negociación, permitiendo que se entienda cumplida con un trámite mínimo (exposición de las posturas, acreditación del desacuerdo y recuperación de la libertad de decisión gubernamental), y que han resaltado que la negociación sobre el incremento salarial es de carácter anual, si bien algunos de estos aspectos posiblemente deberían reconsiderarse al amparo del EBEP, especialmente en cuanto al carácter tan simple que se le daba al concepto de negociación, que la desvirtuaba y olvidaba que era bastante más que una mera consulta, y al carácter anual de la negociación, que no se establece en la actualidad en el artículo 36.2 del citado EBEP y que ya no tiene sentido, especialmente en atención a la posibilidad de suspensión o modificación de lo acordado pues, en virtud de ella, aunque se haya acordado un incremento plurianual, si cambian las circunstancias económicas en los términos que se analizarán, el órgano de gobierno pueden desvincularse del incremento pactado para alguna anualidad en aras a la defensa del interés público que se concretará en este sentido en la presentación de una norma presupuestaria ajustada a la nueva situación económica.

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

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

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

Por otro lado, si no se ratifica un Acuerdo adoptado en esta negociación prelegislativa o hay una negativa expresa a incorporar su contenido en el proyecto de ley, el EBEP contempla otro efecto jurídico, la obligación de reiniciar la negociación en el plazo máximo de un mes, siempre que esa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2ª) Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ésta se produce a iniciativa de la Administración y excepcionalmente; en concreto, se admite cuando una causa grave de interés público, derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, lo justifique a criterio de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas (EBEP art. 38.10).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, no a todos los Acuerdos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Las circunstancias condicionantes que establece el EBEP son las siguientes:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, la utilización de normas con rango legal amparadas en esta misma finalidad y en relación con cuestiones que no necesariamente requieren para su regulación ese rango, puede hacer ineficaz el control judicial, al derivar en muchos casos la única posibilidad de cuestionar la medida a la interpretación de constitucionalidad, privando así de la tutela judicial efectiva que resulta consustancial con la posibilidad.

En mi opinión esas normas legales podrían ser tachadas de inconstitucionales, además de que en ciertos casos pueden suponer una invasión de competencias.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4º) Las consecuencias de la medida

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

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

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

En realidad las medidas que pueden adoptarse son dos:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6. CONCLUSIONES.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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 numérico 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, entendiendo 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.

MEDIDAS ALTERNATIVAS A LOS PLANES DE AJUSTE EN RELACIÓN AL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL: EJEMPLOS PRÁCTICOS

J. Javier Cuenca Cervera

Consorcio Bomberos Valencia i Universitat de València

Barcelona. 23/X/2012

1. **INTRODUCCIÓN: UNA REFLEXIÓN**
 - Umbral de reducciones no traumáticas
 - Inercias y pautas de funcionamiento
2. **LA EXPERIENCIA DEL AYUNTAMIENTO DE SILLA**
 - El caso del Conservatorio Profesional de Música
 - El caso fallido del Plan de Racionalización
3. **LA EXPERIENCIA DEL CONSORCIO DE BOMBEROS DE VALENCIA**
 - El Acuerdo de Condiciones de Trabajo 2012-2013

1. INTRODUCCIÓN: UNA BREVE REFLEXIÓN DESDE LA ÓPTICA DE UN GESTOR

PLANTEAMIENTO

¿SON POSIBLES LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS?
SÍ, SIEMPRE QUE:

- A. EL NIVEL DE REDUCCIÓN DE GASTOS DE PERSONAL SE REFIERA A LA **EFICIENCIA ALCANZABLE** (EN TORNO UN 15/20 %), POR LO QUE:
 - ↪ EL AJUSTE SE REALIZA EN UNA FASE TEMPRANA
 - ↪ O BIEN, NO ES NECESARIO UN RECORTE MAYOR

- B. SEA POSIBLE LA COOPERACIÓN IMPORTANTE DE LOS ACTORES ORGANIZATIVOS: POLÍTICOS, DIRECTIVOS Y SINDICALES: LA **NEGOCIACIÓN COLECTIVA** COMO HERRAMIENTA

SOBRE ESTA BASE, SE PRESENTAN DOS EXPERIENCIAS...Y MEDIA

LAS PRÁCTICAS “EN USO”: MARGEN PARA LA EFICIENCIA

1. Los “**lubricantes**” de la política de personal
 - ⊗ Ante las rigideces de horario: horas extras, productividades, operativos
 - ⊗ Ante las rigideces funcionales: personal temporal
2. El **consenso social** como un fin en sí mismo
3. La asunción irreflexiva de servicios: los “**servicios impropios**” sin financiación asegurada. El drama de las subvenciones
4. **Inercias** en la «gestión» de recursos humanos
 - ⊗ RPT como mera valoración retributiva
 - ⊗ Falta de diseño global de las plantillas: una Administración por “capas” acumulativas

EL CAMBIO DE ESCENARIO

- **DE POLÍTICAS DE RECURSOS HUMANOS “DISTRIBUTIVAS” ...**

- Incremento de plantillas como algo habitual
- Ofertas de Empleo Público periódicas
- Acogimiento de subvenciones para nuevos servicios
- Procesos de “valoración” de puestos de trabajo
- Procesos de “estabilización” y “consolidación”

- **...A POLÍTICAS DE RECURSOS HUMANOS “EFICIENTISTAS”**

- “Más con menos”: **OPTIMIZACIÓN** de los recursos humanos en términos de efectivos y tiempo de trabajo
- “Manda” la capacidad fiscal del ayuntamiento: a partir de los ingresos se determina la capacidad de gasto: **EQUILIBRIO**
- El futuro: débil crecimiento económico

NUEVOS CONTENIDOS PARA LA GESTIÓN DE RRHH EN LOS GOBIERNOS LOCALES

- ➔ **PLANIFICACIÓN DE RECURSOS HUMANOS:**
 - ➔ Diseñar una **POLÍTICA DE PLANTILLAS**
 - ➔ y definir un **CATÁLOGO DE SERVICIOS PÚBLICOS**

- ➔ **Dotarse de CRITERIOS DIRECTIVOS PARA EL PERSONAL NO PERMANENTE**

- ➔ **Plantear ESTRATEGIAS DE EXTERNALIZACIÓN**

Informe de la Comisión para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (abril 2005)

“Hay que ser consciente de que ninguna Administración puede funcionar correctamente si carece de una estrategia adecuada de gestión de su personal y de los medios necesarios para ejecutarla”

“Cualquier Administración que aspire a prestar con eficacia y eficiencia servicios de elevada calidad, precisa de estos instrumentos de ordenación y gestión de recursos humanos o de otros semejantes.”

“Ante todo nos parece necesario que se introduzca y se consolide como método la planificación de recursos humanos. Es decir, que, en lugar de conformar el sistema de empleo público de manera improvisada o reactiva, se pongan en marcha mecanismos de programación para optimizar el volumen y la distribución del personal.”

“La planificación debe ajustar de manera previsoramente el personal disponible a las necesidades de la organización y a un coste razonable, en coordinación con los criterios de política económica.”

EL MARCO ORGANIZATIVO DE LA GESTIÓN DE PERSONAL

(S)

Gestión de recursos humanos
en las AAPP



No es posible disociarla del...

Dimensionamiento de las
Plantillas



Modelo
Organizativo

El cual a su vez es inseparable del específico...



Para prestar un
concreto...

CATÁLOGO DE
SERVICIOS PÚBLICOS

2. UNA EXPERIENCIA MUNICIPAL EXITOSA Y OTRA FALLIDA

SITUACIÓN AYUNTAMIENTO

- 205 efectivos totales, 170 plantilla (83%) y 35 no permanentes (17%)
- De los 170, 156 son Funcionarios (92%) y 14 Laborales (8%)
- Capítulo 1º, 7.670.000 €, el 54% gastos corrientes en 2010 Presupuesto para 2010: 14.250.000 €
- Saldo negativo presupuestario y facturas pendientes de pago por 4M €
- Nuevo equipo de gobierno. Presupuesto 2012: 11 millones de € en ingresos, lo que sitúa gastos de personal en el 70%

EL OBJETIVO: ELABORACIÓN DE UN PLAN DE RECURSOS HUMANOS

A. DIAGNÓSTICO DE LA SITUACIÓN

B. MEDIDAS INMEDIATAS: PRESUPUESTO 2012

C. MEDIDAS A MEDIO PLAZO (RESTO MANDATO): REVERTIR INERCIAS DE FUNCIONAMIENTO

EL DIAGNÓSTICO PARA LA PLANIFICACIÓN

1. LA PLANTILLA MUNICIPAL

- ⇒ Evolución cuantitativa: nº efectivos últimos años
- ⇒ Estructura y evolución por Grupos, Servicios y Régimen Jurídico
- ⇒ Antigüedad media y edad, y su evolución
- ⇒ Absentismo: composición y evolución

2. LOS GASTOS DE PERSONAL

- ⇒ Peso del capítulo 1º sobre gastos corrientes y evolución
- ⇒ Los Servicios Extraordinarios: total y por ámbitos
- ⇒ Problemática Personal Temporal: subvenciones e “Indefinidos no fijos de plantilla”
- ⇒ *Bufandas* y complementos de productividad consolidables

3. CONDICIONES DE TRABAJO

- ⇒ Horarios y Turnos: análisis de su configuración
- ⇒ Política de ayudas sociales

LA EXPERIENCIA EN EL CONSERVATORIO DE MÚSICA

A. SITUACIÓN:

- 25 trabajadores laborales, 610.000 € presupuesto (71% financiación externa), 95% gastos personal
- Bajada aportaciones Generalitat (40%)
- Objetivo: rebajar 120.000 € cap. 1º (el 20%)

B. HERRAMIENTA:

- *“Acuerdo Medidas Extraordinarias Modificación CCTT”*
- Fundamento: art. 41 ET (reforma Ley 35/2010, 17 sept.)
- Periodo de consultas iniciado 10 junio y finalizado 6 julio 2011
- Ratificación Pleno 26 de julio 2011

C. MEDIDAS:

1. Reducciones voluntarias de jornada profesores
2. Remodelación equipo directivo y amortización vacantes
3. Reducción 6% salarios personal
4. Suspensión incrementos previstos en Convenio Colectivo
5. No se han producido extinciones de contratos

EL AYUNTAMIENTO: EL PLAN DE RACIONALIZACIÓN



OE1: REDUCIR CAP. 1º EN UN 20%

1. AMORTIZACIÓN VACANTES NO CUBIERTAS: 0
2. AMORTIZACIÓN VACANTES POR JUBILACIONES: 11 periodo 2011-2015 (365.000 €)
3. AMORTIZACIÓN PLAZAS CUBIERTAS POR INTERINOS: 750.000 €
 - Incluye tanto LT (no renovación) como FI (amortización)
 - Personal afectado es aquel que no pone en riesgo continuidad servicio
 - Planteamiento se basa en sustitución empleo temporal por fijo
 - No afecta personal a partir 60 años
 - Afectación sobre unos 23 contratados/interinos de 35 (2/3 partes)
4. SUPRESIÓN COMPONENTES NO CONSOLIDABLES SUELDO: 250.000 €
 - Horas extras brigada y fiestas
 - Operativos Policía Local
5. SUPRESIÓN PLAZAS EN SERVICIOS IMPROPIOS: 110.000 €
6. REVISIÓN RETRIBUCIONES PERSONAL FIJO: 110.000 €
7. SUPRESIÓN AYUDAS SOCIALES: 40.000 €

TOTAL: 1.625.000 €, el 21 % capítulo 1º

OE2: ADOPTAR MEDIDAS FLEXIBILIDAD INTERNA

1. **REVISIÓN ESTRUCTURA ORGANIZATIVA: 5 Ámbitos**
2. **NUEVA RELACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO:**
 - Simplificación Complementos Específicos (43)
 - Simplificación Puestos-Tipo (80)
 - Establecimiento de 'Puestos de Entrada' más baratos
 - Laboralización de algunos puestos reservados a funcionarios
3. **MODIFICACIÓN CUADRANTES**
 - Policía Local
 - Nau Jove y Bibliotecas
 - Obras y Servicios, Colegios
 - Instalaciones Deportivas
4. **MODIFICACIÓN COMPLEMENTOS POR INCAPACIDAD TEMPORAL**
5. **NUEVO CONVENIO COLECTIVO PERSONAL LABORAL**
6. **NUEVO PLAN DE FORMACIÓN**
7. **ASOCIAR DURACIÓN CONTRATO A SUBVENCIONES (art. 52.e ET)**

BALANCE DE LA EXPERIENCIA

- EL ACUERDO ES FIRMADO EN LA MESA DE NEGOCIACIÓN POR EL GOBIERNO LOCAL (MAYORÍA SIMPLE 8/17) Y POR 4 SINDICATOS (UGT, CCOO, CSI-F y SPPLB), OTRO SE ABSTIENE (CGT)
- EL PLENO RECHAZA RATIFICAR EL ACUERDO ADUCIENDO LA DESTRUCCIÓN DE EMPLEO Y LA DISMINUCIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
- EL PRESUPUESTO PARA 2012 NO SE APRUEBA
- LA PAGA DE NAVIDAD DE 2011 ES IMPAGADA. SE ACUERDA SU PRORRATEO
- EN EL PRIMER TRIMESTRE EL EQUIPO DE GOBIERNO SOLICITA ACOGERSE AL PLAN DE AJUSTE, LO QUE ES RECHAZADO NUEVAMENTE POR EL PLENO. FINALMENTE, EL PRINCIPAL PARTIDO DE LA OPOSICIÓN DA SU CONFORMIDAD
- NO OBSTANTE, EL PLAN ES RECHAZADO POR EL MHAP Y LA SITUACIÓN ECONÓMICA HA EMPEORADO

3. LA EXPERIENCIA DEL CONSORCIO DE BOMBEROS DE VALENCIA

LA SITUACIÓN

- ➔ 85% GASTOS DE PERSONAL
- ➔ 790 EFECTIVOS: 602 operativos (bomberos, cabos, mandos y emisoristas)
- ➔ JORNADA 24 HORAS (1+4)
- ➔ EXISTENCIA DE DOTACIONES MÍNIMAS Y TIEMPOS DE RESPUESTA GARANTIZADOS (ISOCRONA 20')
- ➔ CUADRANTE ANUAL DE 1.557 horas
- ➔ 2 MILLONES € EN SERVICIOS EXTRAORDINARIOS
 - ❑ Cobertura de mínimos por permisos, licencias y bajas (80%)
 - ❑ Prolongación por servicios extraordinarios (20%)
- ➔ PLANTILLA ENVEJECIDA:
 - ❑ Media en 2014: 50 años
 - ❑ Última OEP, en diciembre 2010: 20 plazas
- ➔ DIPUTACIÓN RECORTA SU APORTACIÓN PARA 2012 EN 3 MILLONES €

LA EXPERIENCIA: ACUERDO CCTT 2012-2013

- **ACTORES:** GERENCIA+SINDICATOS (UGT, STAS, SPPLB y CCOO). Abril 2012. ratificación junio
- **ÁMBITOS DEL ACUERDO:**
 - **TIEMPO DE TRABAJO:** “compra” de 36 horas en tandas de 12 horas a precio inferior al de la hora extra, “refuerzos”, destinados a cubrir mínimos. Son asignables de modo variable por la dirección. Las horas extras en su caso, por servicios operativos, continuarán a su baremo habitual
 - **FLEXIBILIDAD INTERNA:** posibilidad de cambiar cuadrantes por necesidades del servicio y redistribución de efectivos entre categorías y zonas
 - **INCAPACIDAD TEMPORAL:** ampliación de supuestos de percepción del 100% -consideración actividades conexas como deportes-
 - **COMPROMISO NO EXTINCIÓN DE EMPLEO TEMPORAL**
 - **INCORPORACIÓN BOLSA INTERINOS:** 12 efectivos para cubrir jubilaciones e incapacidades de 2011 y 2012

LA EXPERIENCIA: BALANCE PROVISIONAL

- **BUEN RESULTADO INICIAL (...)**
 - REDUCCIÓN EN PICADO NÚMERO HORAS EXTRAS
 - DE MANTENER TENDENCIA, REDUCCIÓN 1.8 MILLONES
 - BUEN CLIMA SOCIAL: COOPERACIÓN
- **(...) HASTA LOS INCENDIOS AGOSTO-SEPT. 2012**
- **ACTUALMENTE**
 - REVISIÓN DEL ACUERDO TRAS RD-L 20/2012: 1655 HORAS
 - VOLUNTAD DE FLEXIBILIZAR ALGUNOS ASPECTOS COMO LA INCAPACIDAD TEMPORAL
 - MÁS MEDIDAS FLEXIBILIDAD INTERNA: CAMBIO CALENDARIO EN PERIODO DE VERANO
 - PRESUPUESTO 2012 RECIÉN APROBADO
 - NEGOCIACIÓN OEP 2012: 1 PLAZA

¿el futuro? Problemático por media de edad y no cobertura vacantes
Abogados a revisar modelo operativo de no cambiar contexto

CONCLUSIÓN

1. LA EXPERIENCIA APUNTARÍA HACIA UN “MARGEN DE EFICIENCIA” DERIVADO DE LAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE TIEMPO DE TRABAJO Y FLEXIBILIDAD FUNCIONAL
2. EN ESTOS ÁMBITOS HAY AHORROS IMPORTANTES, QUE REQUIEREN DE UNA NUEVA ESTRATEGIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - ✓ MÁS FLEXIBILIDAD INTERNA
 - ✓ MÁS TRANSPARENCIA Y CORRESPONSABILIDAD
3. EL LIDERAZGO POLÍTICO ES IMPRESCINDIBLE, PERO HAY UN “TALON DE AQUILES” INSTITUCIONAL: EL NIVEL DE PARTIDISMO EN LA ADOPCIÓN DE DECISIONES
4. QUE MEDIDAS “ALTERNATIVAS” PUEDEN NO SER SUFICIENTES, EN CUYO CASO HAY QUE REVISAR LA “CARTERA DE SERVICIOS” Y SU MODELO ORGANIZATIVO

¡GRACIAS!

Jcuenca@bombers.dva.gva.es
j.javier.cuenca@uv.es

Un Sistema de Reforma del Empleo Público alternativo a los Recortes de Personal

(Ponencia presentada en la Federación de Municipios de Cataluña)

Autor: **Mikel Gorriti Bontigui**
Octubre de 2012

INDICE

	Pág.
1. Introducción.	3
2. Criterios de éxito.	3
3. Premisas	5
4. El no sistema.	8
5. El sistema.	9
6. Condiciones para la intervención.	11
7. Intervenciones en materia de Organización.	15
8. Intervenciones en materia de Valoración.	23
9. Intervenciones en materia de Evaluación del Desempeño.	24
10. Intervenciones en materia de Selección	26
11. Intervenciones en materia de formación.	28
12. Condicionantes de las intervenciones.	29
Referencias	33

1. Introducción.

Este escrito pretende explicar una alternativa conceptual, metodológica y práctica a los recortes de personal que por razones directas o indirectas de la crisis económica se están realizando. El trabajo consta primeramente de una identificación de criterios de éxito desde los que intervenir y las premisas desde las que el escrito parte. Seguidamente se expone el determinismo sistémico de concebir las intervenciones como recortes o como reformas, y las consecuencias que de ello se derivan. Se exponen también las condiciones de información y análisis necesarias para poder reformar y, por último, se repasan las distintas herramientas posibles de una intervención reformadora: la organización, la valoración, la evaluación del desempeño, la selección, la formación, etc., dando ejemplos prácticos allí donde el autor los ha realizado, aportando método y datos de dichas intervenciones. Por último se identifican los *puntos palanca* de la intervención, los condicionantes que dificultan, y a veces impiden, las actuaciones, así como las asunciones, no siempre deseadas, de los empleados públicos en este tipo de coyunturas.

2. Criterios de éxito.

Intentar llegar a la calidad institucional no es una actividad que ha comenzado por razones de la crisis. Ha sido una actividad realizada con más o menos intensidad por distintas administraciones públicas desde hace varios años. Procesos de racionalización, movilidad de empleados públicos¹, planificación de recursos humanos, procesos (tímidos) de evaluación del desempeño, intentos de instaurar la figura del directivo público profesional, etc., se han realizado de modo asimétrico y con distinto éxito. Lo que la crisis ha hecho ha sido aumentar la conciencia de su necesidad y, desgraciadamente, de la prisa en su consecución. Este escrito entiende dicha prisa como errónea cuando no obedece a una visión global de la administración porque implica un criterio exclusivamente económico de la intervención, aunque puede compartir el diagnóstico que la crisis ha evidenciado. Entender que la reforma de las AAPP se circunscribe al ahorro puede llevar a conseguir el efecto contrario al deseado. Tener como criterio de éxito exclusivo el déficit público es un error de concepción que impide ver las intervenciones

¹ Entiéndase en todo este trabajo el género masculino como genérico refiriéndose a ambos sexos.

necesarias en una secuencia lógica, y que avala la horizontalidad de los recortes vs. la interrelación necesaria de las reformas. Los recortes tienen sentido y soportan mejor el paso del tiempo cuando se deciden tras un tratamiento de datos e información que permitan su comprensión como parte de un todo que evidencia su necesidad.

La interpretación exclusivamente económica que algunos políticos hacen de la situación de crisis que padecemos cuestiona la eficacia y, a veces, la legitimidad del empleo público. Este hecho, a veces populista, nos obliga a repensar el criterio de éxito de las reformas necesarias. Debemos ser conscientes de que en el empleo público se debe ser más productivo, constatar y medir los objetivos que se consiguen, así como gestionar la diferencia de quienes con sus capacidades y esfuerzos se distinguen en el desempeño de sus puestos. Probablemente se han acabado los tiempos donde no eran necesarias estas constataciones, pero llegar a ellas no significará necesariamente confirmar que las cosas se hacen mal, no todas. No estoy seguro de que para la eficacia exigida sea necesario trabajar más, quizás trabajar mejor. Es ahí donde, a mi juicio, reside la innovación, la legitimidad y el compromiso. Por muy mal que estén las cosas, el empleo público no está en cuestión, si no existiera habría que inventarlo. Quizás el trabajo más exigente en el diseño de un nuevo modelo de función pública (incuestionable) reside en ser capaces de ver el sistema que le subyace; en ver la interdependencia de todas sus piezas, su coherencia, sus leyes, y en elaborar el diseño en función de éstas. Es naif seguir manteniendo la idea de que la función pública que surja de esta crisis será tal y como ahora la concebimos, no, ya somos distintos. Ahora tenemos que reconocernos.

El Estatuto Básico del Empleo Público (EBEP; Ley 7/2007, de 12 de abril) nos introdujo en una nueva institución dentro de la legislación de función pública: “el empleo público”. Pasar de concebir la clásica Ley de Función Pública a una *Ley del Empleo Público*, no es una diferencia semántica sin intención, porque hablar del empleo público, no sólo significa ampliar su alcance a todas las personas que trabajan en el sector público, sino poner el acento en algo objetivo (el empleo) y hacer cambiar el enfoque desde el empleado, al empleo; desde el trabajador al trabajo. Es como si se estableciera una jerarquía y un orden de prioridad: primero

pensar en qué hay que hacer, cómo se hace y cómo se sabe que está bien hecho, y luego pensar en quién puede o debe hacerlo. Este cambio de norte implica muchas cosas si pensamos que, hasta ahora, ha sido constante pensar la función pública como las normas que regulaban la relación del empleado público con la Administración que lo contrataba, y donde lo que tenía que hacer se daba, más o menos, por supuesto. Y lo es más porque al decidir este cambio de orientación se está dando mayor peso al servicio público; a los ciudadanos como receptores de los productos y servicios de los empleados públicos, y por ello también interesados en que las cosas se hagan bien. La crítica legítima de éstos es, en definitiva, uno de los criterios de éxito de este modelo de función pública.

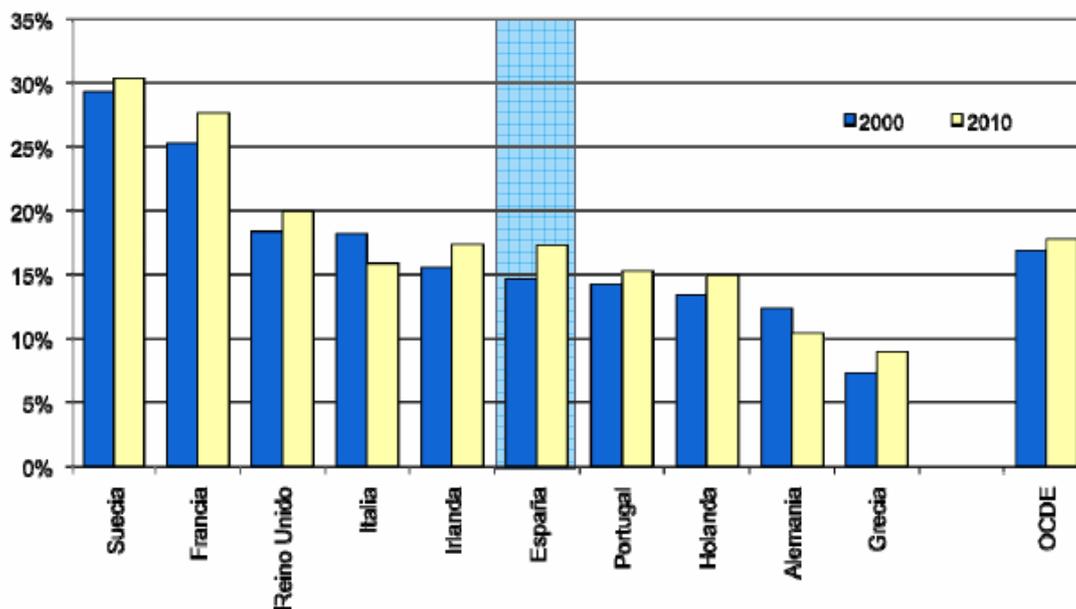
Recordar la **legitimidad** de las responsabilidades asumidas por los empleados públicos y el **compromiso** con el desempeño eficaz y eficiente, son ingredientes imprescindibles para subsistir en esta delicada situación y para enfrentar de forma argumentada y demostrada posibles actuaciones de cirugía dura ordenadas desde el poder político. Debemos refundarnos girando el enfoque desde el empleado al empleo, rompiendo la zona de confort en la que probablemente nos habíamos ubicado y espabilar. Sólo organizando de forma ajustada los puestos y haciendo bien lo que legítimamente tenemos que hacer podremos defendernos; justificar quienes y cuántos somos, y asegurar un servicio público de calidad. Esto es un maratón más que una carrera de velocidad (FMI, 2012), aunque tenemos prisa, y requiere una serie de intervenciones técnicas que son más costosas y difíciles, que concebir la solución exclusivamente como recortes. Además, alguien tendrá que crecer para poder decrecer racionalmente.

3. Premisas.

Este escrito parte de las siguientes premisas:

- Las administraciones públicas españolas, generalmente consideradas y comparativamente con los países desarrollados de nuestro entorno, no somos los que más empleados públicos tenemos.

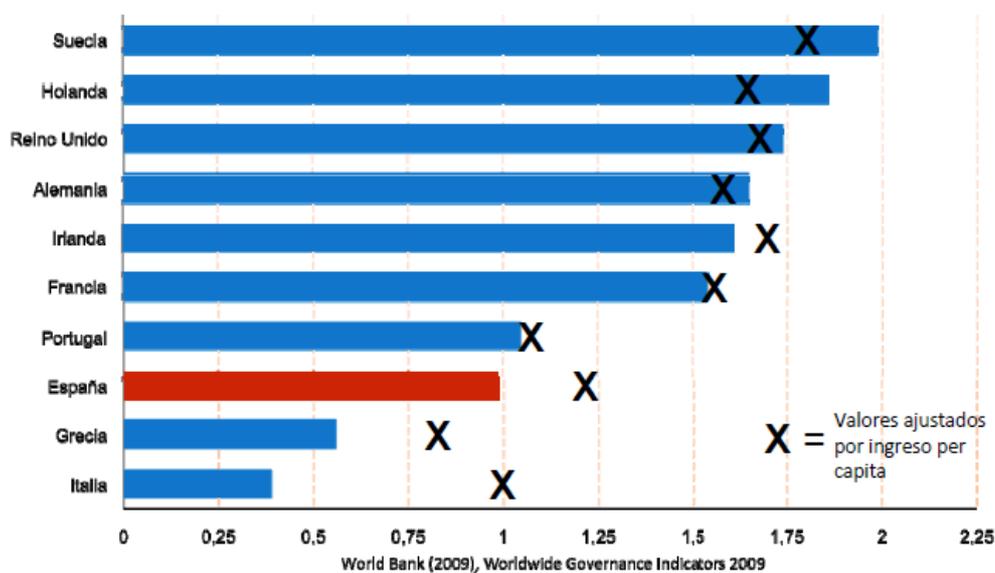
Empleo en el sector público
(Gobierno general, % de la población ocupada)



Fuente: Koldo Echebarría, 2010

- Las AAPP tienen un problema de productividad. Lo que producimos en relación con lo que produce el país es menor.

Indicador agregado de efectividad del gobierno



Fuente: Koldo Echebarría, 2010

Este último hecho es el que puede justificar la creencia popular de que estamos sobredimensionados: ¿“es necesario tanto empleado público para lo que hacen”?

- Las AAPP tienen problemas de ajuste organizativo (algunas hacen dos veces lo mismo y algunas no hacen todo lo que tienen que hacer) tanto dentro de ellas, como entre los distintos niveles administrativos (centrales, autonómicos y locales). Muchas veces los diseños organizativos obedecen a personalismos; a diseños organizativos realizados para solventar situaciones coyunturales inmediatas referidas a perfiles (quién debe ir al puesto) o por reparto de poder entre los directivos (típico en gobiernos de coalición). Todo ello genera una dispersión organizativa que aumenta innecesariamente la diferenciación de sus estructuras y las hace vulnerables a la contingencia cambiante de la ejecución real y directa.
- Las AAPP tienen que adquirir compromisos de efectividad y calidad institucional; eficacia en la consecución de sus objetivos de servicio público y eficiencia en el uso de los recursos que delegadamente gestiona. Para ello es imprescindible que ése compromiso se constate y para ello es necesario establecer objetivos de eficacia y de eficiencia, y medirlos. Las administraciones públicas deben asumir un compromiso de resultados, evolucionando desde un modelo legalista y garantista a otro de Servicio Público. Ello conlleva una visión gerencialista que asegura la consecución de objetivos (efectividad), y a la vez un compromiso con la responsabilidad pública, lo cual conlleva un cambio de cultura como condición de la implantación. La exigencia de resultados se convierte en legitimidad al gestionar elementos delegados desde la ciudadanía en orden a la satisfacción del interés general. El ciudadano se ha convertido en alguien que demanda rendimientos más allá de la legalidad e igualdad de los procedimientos. A éste ya no le vale solamente la legitimidad surgida de las urnas. Centrarse en la legalidad y la formalidad de la gestión de recursos humanos denota una actitud reactiva más que proactiva, la cual es condición para un servicio público de calidad. Basarse sólo en la igualdad es reactivo ya que sus constataciones son menos evidentes y, siempre, más tardías.
- Los diseños organizativos racionales, la eficacia y la eficiencia constatadas, y el establecimiento de objetivos de servicio público, conllevan inevitablemente la planificación de los recursos humanos. Hacer posible este concepto implica responder a dos preguntas: quiénes y cuántos queremos ser. Quiénes implica la necesidad de determinar los perfiles de conocimiento y destreza de aquellos que sean susceptibles de ocupar los puestos. Cuántos implica, necesariamente,

medir su carga de trabajo. Estas son prácticas desiguales en las AAPP españolas con desarrollos sofisticados en algunos casos (Administración General del País Vasco), aunque en la mayoría de los casos se resuelven con acercamientos que no saturan todo lo necesario para intervenir (temarios de Ofertas Públicas de Empleo en el caso de perfiles), o mediante actuaciones “a ojo”, como es el caso de muchas estimaciones de la necesidad de efectivos en puestos. Esto es tanto como decir que la planificación de RRHH no es una práctica generalizada en las AAPP españolas (“casi inédita” en palabras del profesor y consultor público R. Jiménez Asensio, 2012).

4. El no sistema.

Anteriormente, el trabajo y el trabajador eran (y todavía lo son en muchas administraciones) dos realidades que se pensaban juntas, porque en la realidad no existen puestos que no sean hechos por alguien. Esto, que es verdad, no exige que responsabilidad asumida y proceso para satisfacerla sean lo mismo. Es verdad que los puestos los hacen las personas, los desarrollan, los hacen crecer o menguar, mejorar o empeorar, pero también es verdad que las responsabilidades existen independientemente de quién y cómo se ejecuten. En el viejo modelo las características de las personas, su buen hacer o sus especificaciones conocidas, eran lo que previamente definía el puesto. La necesidad de un nuevo puesto se concebía de forma global, como idea general. Se podría decir que al pensar en un puesto se pensaba primero en la necesidad global que dicho puesto pretendía satisfacer (las menos veces) y luego en la persona (las más), sin pensar en si dicha necesidad era un puesto nuevo o si dichas responsabilidades ya existían o eran simplemente formas de ejecutar funciones asumidas por otros puestos.

Esta realidad, generalmente no comprendida y mucho menos asimilada, junto con el criterio de éxito exclusivamente centrado en el déficit público, lleva a concebir las intervenciones de recorte como inevitables. Esta visión no sistémica implica que todas las intervenciones posibles lo son exclusivamente sobre las personas ya que ellas y los puestos son una unidad indisoluble. Así, intervenir necesariamente implica recortar. A mi juicio es una visión antigua, desfasada, y técnicamente errónea. Por mucho que alguien se empeñe en no ver, el sistema subyace y tiene unas leyes que

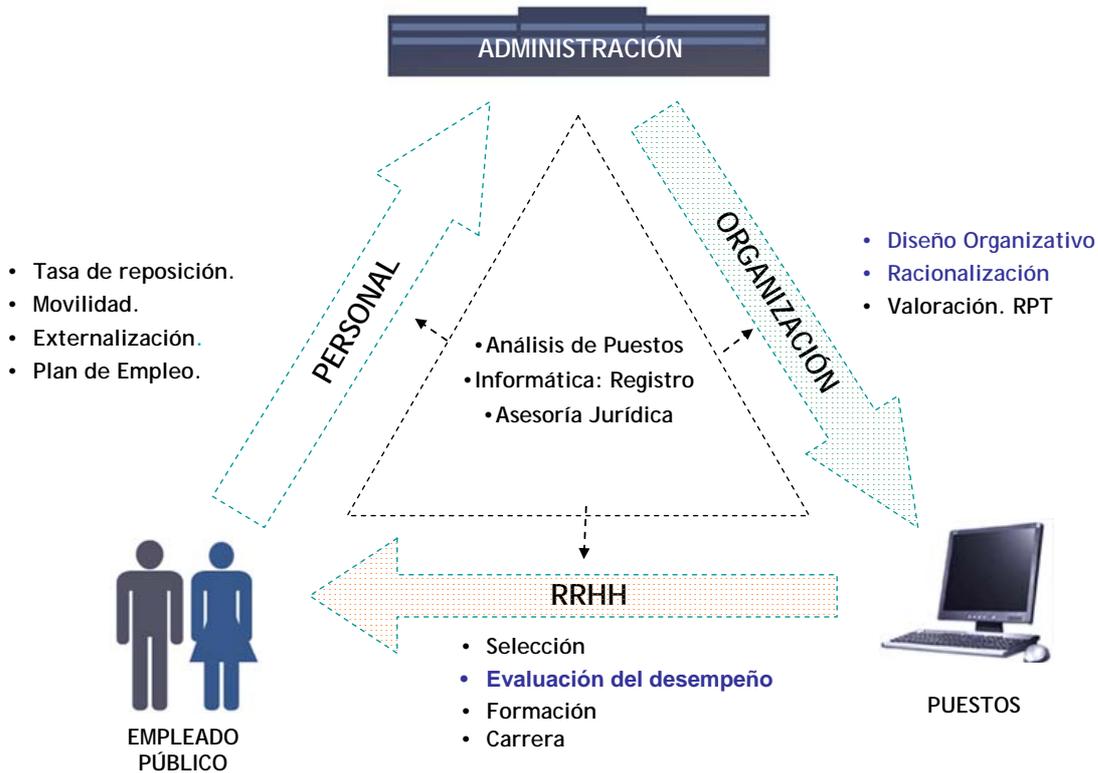
tarde o temprano aparecen: las que evidencian lo injusto de los recortes y sus efectos para la eficacia y calidad del servicio público.

No ver, o no querer ver, implica no comprender la lógica de las intervenciones, el orden necesario en el que deben ser entendidas y realizadas; desconocer las distintas herramientas de gestión donde se puede y debe actuar *antes* que en actuaciones de personal. Organización, valoración, evaluación, selección, formación, etc., todas ellas son intervenciones necesarias en tanto que integrantes del sistema de organización y recurso humano.

Concebir sistémicamente las intervenciones exige recursos técnicos avanzados, análisis de puestos, reflexión sobre el valor del servicio público que se presta, medición de cargas y de la eficacia, gestión de la diferencia de las actuaciones de los empleados públicos, diagnóstico del ajuste organizativo de las estructuras (porqué hago esto dos veces; qué no hago y debo hacer), sometimiento a criterios y normas emanadas directamente desde un órgano central de la función pública que impida las soluciones coyunturales o el café para todos, etc. No siendo esto así hoy, es comprensible que las intervenciones sólo se conciban como recortes: es más sencillo; el culpable es claro y externo (la crisis); y se evita el diagnóstico y las evidencias que una intervención sistémica exigiría y mostraría.

5. El sistema.

El puesto como rol, la diferenciación responsabilidad (función)-procedimiento (tarea) para satisfacerla, el mundo del trabajo concebido distinto del de el trabajador, las funciones legitimadas por la existencia de clientes legalmente necesitados..., todo ello es también un método a la hora de actuar en la Administración. Todo esto implica la diferenciación de tres partes o elementos de un sistema interrelacionado. Estas partes son: Organización, Recursos Humanos y Personal. Si dibujáramos las actuaciones posibles y las ubicáramos en el sistema serían así:



Fuente: Elaboración propia.

Obsérvese el sentido de las flechas. Así como en su funcionamiento ordinario serían bi-direccionales, cuando se habla de intervenciones de reforma, éstas sólo tiene un sentido: el de las agujas del reloj; no se puede hacer una intervención sin haber realizado las otras anteriormente. Tampoco es lo mismo actuar en unas que otras; algunas son “puntos palanca” (Senge, 1990) ya que actuando sobre ellos inevitablemente se actúa sobre los demás al exigir su diseño o análisis (en azul en el esquema).

Características básicas del sistema:

- Es post-burocrático y basa sus criterios de intervención en el **servicio público**. Es decir, se entiende que las intervenciones no pueden transgredir el valor principal: satisfacer las necesidades legítimas de los ciudadanos y resolver sus conflictos.
- Tiene a la eficacia como el principio primero y superior de actuación. Subsidiariamente a la eficiencia (gestión racional de los recursos y *gasto*) y a la

legalidad vigente. En la medida de que la legalidad impida o dificulte la eficacia, la eficiencia o la igualdad, esta deberá ser cambiada.

- Concibe la igualdad, para el caso de intervenciones de RRHH que afectan a los empleados públicos, como elemento de partida, no como condición de llegada. Esta condición impediría la gestión de la diferencia que es una de las claves del mismo.
- Se entiende por eficacia el ejercicio de responsabilidades mediante comportamientos relevantes de los empleados públicos para la consecución de productos y servicios que satisfagan las necesidades legítimas de los administrados. Este criterio, en su versión individual, sólo puede ser matizado por el bien común, el interés general y por la igualdad en el trato a todos los administrados.
- El empleo público y no el empleado público es el centro del sistema. Toda intervención en relación con los empleados públicos, tendrá al desempeño eficaz del servicio público como el criterio básico de referencia. También la gestión de la diferencia en relación a dicho desempeño eficaz.
- Todas las actividades que este sistema implica no sólo son necesarias para tiempos de crisis: siempre son buenas. En la medida que ellas se cumplan en tiempos de bonanza, la organización pública y sus recursos estarán ajustados y podrán ser un referente de solidaridad y refugio en tiempos de crisis.

6. Condiciones para la intervención.

Todas las intervenciones susceptibles de acometerse en este sistema parten de disponer de información y datos suficientes en relación con su personal y con el trabajo que realizan. Es necesario satisfacer estas necesidades de información y datos mediante dos actividades principales: los análisis de puestos, y los datos de antigüedad y movilidad de los empleados públicos.

Análisis de Puestos (APT):

El elemento central para diagnóstico, descripción, diseño y predicción de todo el desempeño debe ser el análisis del puesto de trabajo. Analizar un puesto de trabajo orientado al trabajo consiste en conocer cuáles son sus comportamientos laborales

relevantes (tareas críticas) y analizarlas para identificar los criterios de éxito de su desempeño, sus ejemplificaciones y sus indicadores. También su frecuencia y duración. Analizar un puesto de trabajo orientado al trabajador consiste en identificar el perfil del puesto: lo que necesita saber, saber hacer y las capacidades para poder aprenderlo y adaptarse.

En la Administración General del País Vasco (AGPV) se han realizado tres análisis de puestos, tanto a colectivos de funcionarios como a colectivos de laborales. Se puede consultar el modelo, método y herramientas en Gorriti y López, 2010.

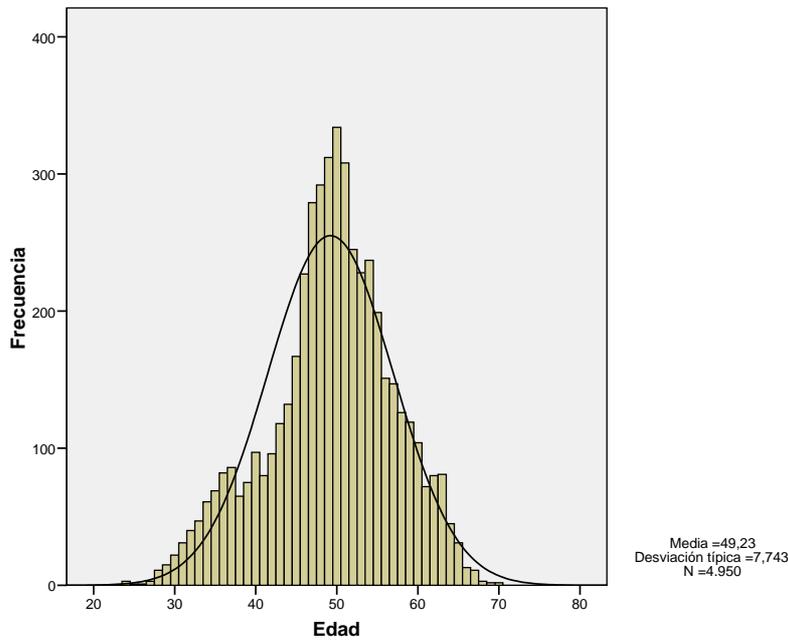
Datos de empleo interno. (Qué tenemos).

Es un error acometer medidas de recorte sin tener un conocimiento exhaustivo de cuál es la realidad del personal que conforma la administración en la que se pretende aplicar los recortes. Estos datos, principalmente deben referirse a los siguientes contenidos:

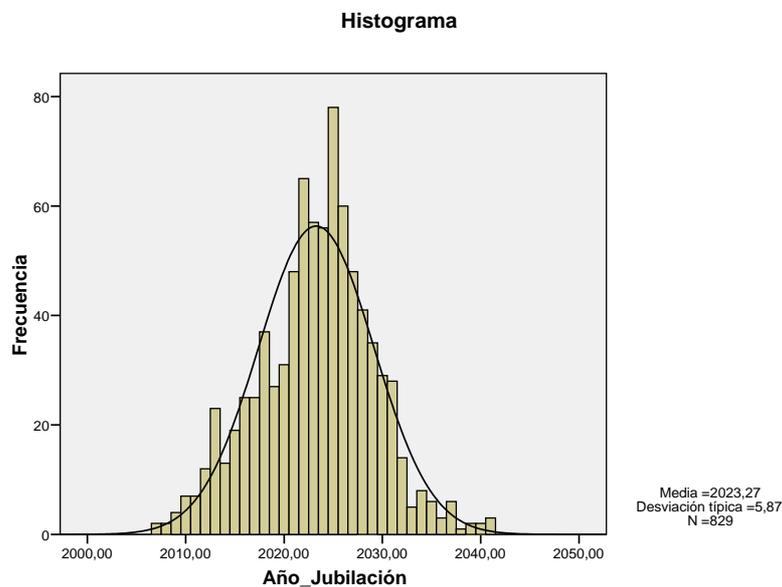
- o Edad

Para mostrar la trascendencia de esta información, seguidamente se exponen datos y gráficas de edad del colectivo de funcionarios e interinos de la AGPV a 31 de julio de 2011.

Concepto	Todos	Funcionarios	Interinos
Edad Media	49,23	52,80	43,44
Moda	50	51	47
Edad Mínima	24	35	24
Edad Máxima	70	70	70
Total efectivos	4950	3059	1891



La consecuencia más inmediata de este hecho se refiere a las jubilaciones: Desde el año actual 2011 hasta el año 2029 se habrán jubilado el **84.22 %** de las jefaturas de dicha administración. Para el caso de los técnicos, sin mando, el 25% se habrá jubilado en el 2020, el 50% cuatro años más tarde y el 75% tres años más tarde. Es decir, en 7 años se jubilarán el 50% de los técnicos funcionarios que quedaban.

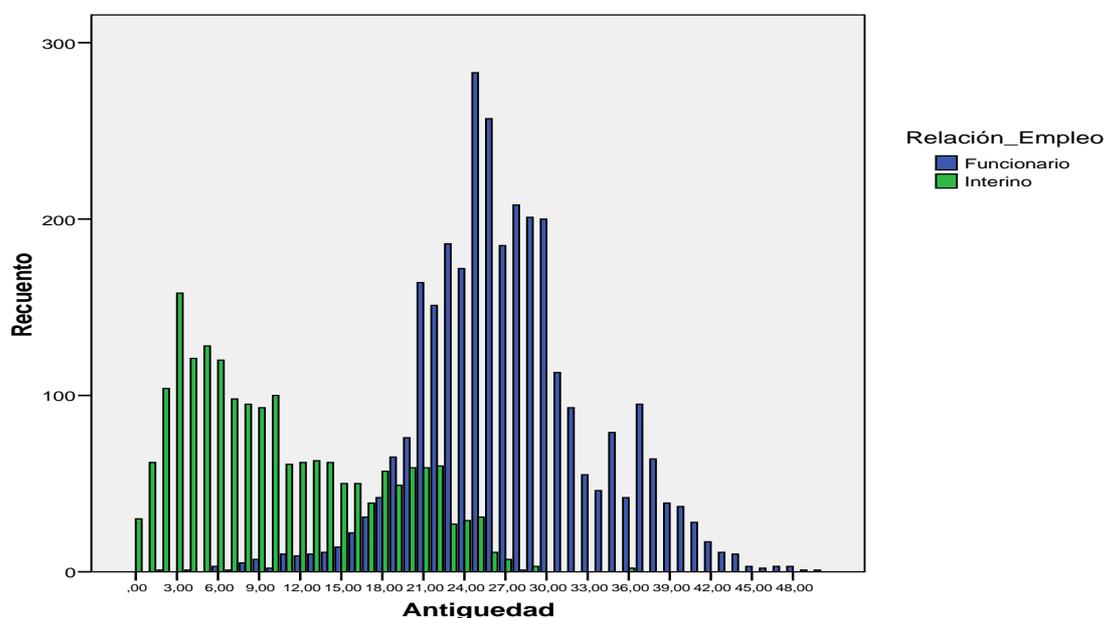


Esto es bueno y malo. Bueno, porque permite hacer un uso estratégico de las tasas de reposición por jubilaciones: va a haber vacantes suficientes como para poder asumir un proceso de racionalización. Malo, porque existe un riesgo evidente de

descapitalización. En cualquier caso, es evidente que esta información orienta y da sentido a un tipo de intervenciones, restando trascendencia a otras.

- o Antigüedad.

Entendiendo por antigüedad el número de años desempeñando puestos en la administración de referencia. Este dato cobra especial importancia cuando se combina con la naturaleza contractual de los puestos de trabajo o su situación administrativa (funcionarios o laborales; de carrera o interinos). Siguiendo con el ejemplo de la AGPV, estos son los datos a 31 de julio de 2011:



Como puede observarse en el gráfico, el proceso de funcionarización prácticamente está parado en la AGPV desde hace 12 años, siendo prácticamente nulo los últimos 4 años². Esto es fruto de la “judicialización” de los procesos selectivos de oferta de empleo público y de provisión mediante concurso de traslados.

Acometer acciones de recorte desconociendo tanto la información de los análisis de puestos como los datos objetivos de edad y antigüedad, entre otros, es asegurar una intervención no acorde con el servicio público, con su eficacia, con su eficiencia y,

² Entre los años 2010 y 2012 ha habido procesos de consolidación de plazas en el profesorado de Educación (2500), Osakidetza (Servicio Vasco de Salud: 2000), que no forman parte de la AGPV aunque sí del Gobierno Vasco. Sólo en Justicia, que sí pertenece a la AGPV, hubo una consolidación de 104 plazas por la implantación de la Oficina Judicial.

muy posiblemente injusta. Ser consciente de esta información y del sistema arriba explicado, impide acometer recortes sin la conciencia de ser irresponsable.

7. Intervenciones en materia de Organización.

Las dos intervenciones sistémicas y puntos palanca de la herramienta de organización son el diseño organizativo y la racionalización organizativa. La primera para determinar y publicitar *adónde queremos ir*, y la segunda para “diferenciar grasa y músculo”.

- Diseño Organizativo.

El diseño estratégico

El diseño organizativo estratégico implica responder a estas tres preguntas: ¿Qué administrados tengo y quiero seguir teniendo?; ¿qué administrados tengo y no quiero tener, y puedo?; ¿cuáles no tengo y quiero tener?. Para responder a estas preguntas es necesario realizar una serie de análisis y tomar decisiones desde este conocimiento:

- Identificación y validación de las competencias legales que a modo de imperativos acotan en el entorno, administrados cuyas necesidades de servicio público nos incumben y comprometen.
- Identificación y selección de administrados en función de la estrategia y los programas de Gobierno legitimados por las urnas. Es aquí donde se responde a las preguntas arriba citadas.
- Análisis de las necesidades de los administrados decididos, y legitimación de las mismas en función de las competencias legales asumidas.
- Decisiones estructurales básicas: lo relativo a los decretos de estructura. Direcciones, territorialidad, etc.

Soy consciente de que este proceso en su totalidad puede ser largo y a veces lento en su ejecución, lo cual va en contra de la prisa que las actuaciones de recorte exigen. En situaciones de urgencia, por lo menos, debe responderse a las preguntas

citadas. Sin ellas no hay diseño organizativo; no se sabe qué se debe y quiere hacer.

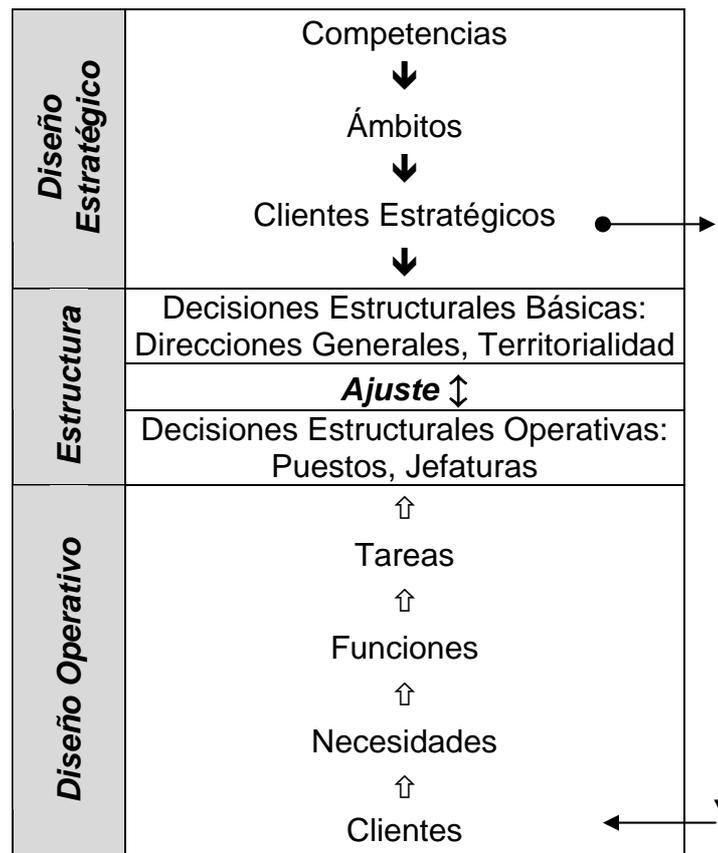
El diseño operativo

Una vez realizado el diseño estratégico y habiendo tomado las decisiones estructurales básicas, se realiza el diseño operativo cuyo criterio de éxito es el ajuste: que dos puestos no hagan lo mismo, y que nada de lo que hay que hacer quede sin hacerse. Sus pasos son:

- Identificación de funciones. Cada una de las necesidades legítimas de los administrados implica una responsabilidad que la administración asume en relación con dicho administrado. Así, las funciones enuncian el compromiso de responder ante dicha necesidad.
- Identificación de los puestos. La agrupación de funciones mediante criterios de horizontalidad (conocimientos) y verticalidad (jerarquía) es la identificación de los puestos de trabajo.
- Identificación de jerarquías. La estandarización de las relaciones entre los puestos implica la aparición de jerarquías. Dicha estandarización surge de la necesidad de coordinación, supervisión y control de los distintos puestos de trabajo. El producto de esta fase es el diseño de organigramas.
- Identificación de cargas de trabajo. A partir de los datos de frecuencia y duración de las tareas (obtenido por los análisis de puestos), se determina la carga de trabajo de los puestos de trabajo y en función de ellas el número de dotaciones necesarias para poder satisfacer las responsabilidades asumidas en las funciones.

Para ver un ejemplo de utilización de este diseño en una situación real (Agencia Vasca del Agua) ver: Gorriti y Bañuelos, 2009.

El siguiente diagrama explica la lógica de ambos diseños.



Fuente: Elaboración propia

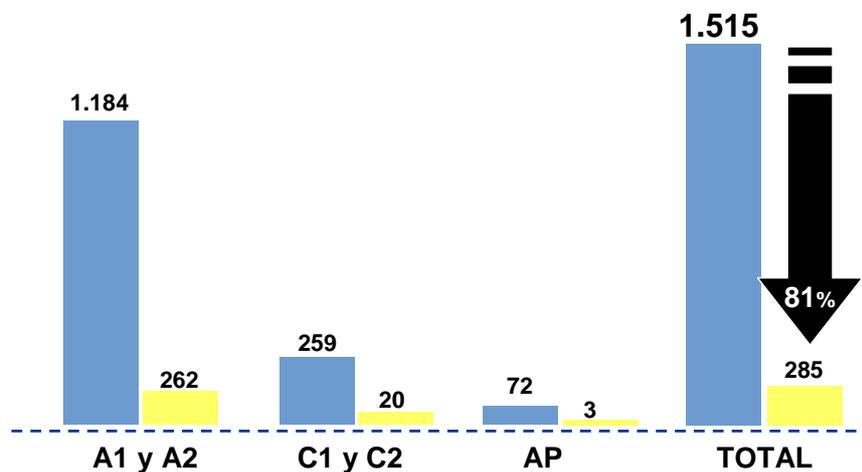
○ Racionalización Organizativa

La racionalización organizativa pretende resolver la dispersión e inflación organizativa clásica en los diseños organizativos que no han elaborado un diseño estratégico como el arriba descrito. Básicamente consiste en reducir el número de puestos al concebir éstos desde un punto de vista más general, a modo de roles asumidos, y en la decisión técnica de diferenciar funciones (responsabilidades asumidas) de tareas (procesos para llevarlas a cabo). Para poder llevarlos a cabo es imprescindible disponer de información relativa a las actividades principales de los puestos que se quieren racionalizar. Ésta se puede obtener por procesos clásicos de análisis de puestos o por procesos más limitados y específicos de identificación de actividades. Este proceso no implica, necesariamente, la amortización de dotaciones (plazas), aunque puede ser una de sus consecuencias en función de la carga de trabajo y del diseño organizativo.

En la AGPV se han realizado dos procesos de racionalización, uno referido a puestos reservados para personal funcionario (Gorriti, 2002) y otro más reciente en relación con puestos referidos a personal laboral (2012; no publicado). Ambos procesos han seguido el mismo método que puede resumirse en los siguientes pasos:

1. Elaboración del Cuestionario de APT.
2. Administración del Cuestionario.
3. Identificación y volcado de tareas.
4. Elaboración de Enunciados Homogéneos.
5. Elaboración de matriz tareas/puestos.
6. Análisis de Clusters y Análisis Factorial de validación.
7. Análisis Estadísticos Descriptivos para valoración.
8. Elaboración del Informe final.

En el estudio referido a puestos de funcionarios la racionalización de puestos fue de un 81% de reducción (homogeneización). Con estos resultados por Grupos de clasificación:



Esta homogeneización de puestos no supuso amortización de plazas; nadie fue despedido o su plaza amortizada. Pero supuso un desequilibrio de todas las herramientas de gestión cuyo rediseño dio origen al sistema que se explica. De ahí su calificación de punto palanca de las intervenciones.

En el proceso de homogeneización de los puestos de laborales la reducción media de puestos por grupos de clasificación fue del 45.69% y el porcentaje medio de reducción (originales vs. puestos homogeneizados) fue del 48.60%.

Desde un punto de vista de intervención o reforma, la consecuencia más inmediata de este tipo de intervenciones es la movilidad administrativa: lo que antes era un problema referido a puestos distintos (valoración, perfiles, inamovilidad del puesto, etc.) ahora se convierte en un problema de carga de trabajo, al agruparse en un único puesto tipo. Racionalización y medida de carga por tanto hacen factible la movilidad de efectivos en función de cargas de trabajo coyunturales a modo de vasos comunicantes. Seguidamente se expone un ejemplo real de esta intervención para la AGPV y referida a puestos de administrativos y auxiliares.

Administrativo General. Código: 520040

Funciones (para todas las dotaciones por diseño organizativo)

- *Comprobar, chequear y cotejar datos, listados, documentos, etc.*
- *Preparar, editar y completar dossiers, expedientes y todo tipo de documentación*
- *Tramitar administrativamente de subvenciones, becas, ayudas, etc.*
- *Tramitar administrativamente sanciones, multas, control de impagados y vías de apremio.*
- *Solicitar y recabar todo tipo de información y documentación.*
- *Gestionar y mantener archivos de expedientes y documentación.*
- *Actualizar, tramitar y mantener ficheros y registros.*
- *Recepcionar y tramitar quejas y reclamaciones.*
- *Tramitar y liquidar las facturas, gastos, ingresos, anticipos y créditos. Gestión de caja.*
- *Elaborar y suministrar datos, estudios, informes, estadísticas y atender consultas.*

Tareas³

(Por porcentaje de tareas comunes sobre 407 dotaciones que contestaron a la encuesta de análisis de puestos. En RPT hay 491 dotaciones)

Tabla 1.

TAREA	Nº Dotaciones que la hacen	%	% Relativo	Acumulado
1. <i>Atender consultas y reclamaciones</i>	291	71,50	11,09	11,09
2. <i>Tramitar y controlar expedientes administrativos</i>	273	67,08	10,41	21,50

³ Se expresan en orden descendente según el número de dotaciones en las que se hace.

TAREA	Nº Dotaciones que la hacen	%	% Relativo	Acumulado
3. <i>Crear, mantener y actualizar bases de datos y aplicaciones informáticas</i>	283	69,53	10,79	32,29
4. <i>Comprobar y cotejar datos, registros y documentación</i>	275	67,57	10,48	42,78
5. <i>Redactar y archivar documentación en los distintos programas ofimáticos (word, excel, powerpoint....)</i>	212	52,09	8,08	50,86
6. <i>Tramitar y cotejar solicitudes y autorizaciones</i>	207	50,86	7,89	58,75
7. <i>Preparar y clasificar documentación para tramitación</i>	188	46,19	7,17	65,92
8. <i>Efectuar el Control y mantenimiento del archivo</i>	187	45,95	7,13	73,05
9. <i>Efectuar el registro y/o distribución de entradas y salidas de documentación y correspondencia</i>	174	42,75	6,63	79,68
10. <i>Elaborar certificaciones, notificaciones, compulsas, etc.</i>	199	48,89	7,59	87,27
11. <i>Tramitar documentos contables</i>	107	26,29	4,08	91,35
12. <i>Tramitar pagos y cobros</i>	104	25,55	3,96	95,31
13. <i>Elaborar información estadística</i>	54	13,27	2,06	97,37
14. <i>Distribuir materiales y documentación</i>	45	11,06	1,72	99,09
15. <i>Controlar la facturación de gastos</i>	24	5,90	0,91	100,00

Como puede observarse en la Tabla 1, 10 tareas (las señaladas en azul) afectan al 90% de las dotaciones de este puesto, ellas son su núcleo común. Saber hacer o haber hecho estas 10, implica poder ir al 90% de las dotaciones del puesto. Saber hacer las 15, al 100%.

Tareas singulares de dotaciones concretas.

Tabla 2.

Tarea	Dotación donde se realiza ⁴	Nº	%
Gestionar compras de material	344, 358, 145, 220, 331, 53, 111, 328, 355, 76, 455, 134, 228, 285, 157.	15	3,69
Mantener y actualizar páginas Web	91, 99, 145, 322, 169, 147, 114, 133, 468, 304, 105, 175, 313, 241.	14	3,44
Efectuar la tramitación y archivo de cartas, notificaciones y comunicaciones	43, 54, 251, 255, 259, 260, 262, 263.	8	1,97
Elaborar órdenes de pago y talones	130, 169, 175, 177, 402, 330, 175.	7	1,72
Certificar inscripciones y anotaciones	46, 49, 55, 81, 84, 87, 88.	7	1,72
Mantener y actualizar el Registro de Conciliaciones y/o Elecciones sindicales	29, 46, 49, 55, 63.	5	1,23
Levantar actas de inspección sobre el desarrollo de los procesos electorales	29, 46, 49, 55.	4	0,98
Realizar la búsqueda de información en bibliotecas y archivos	99, 377, 91.	3	0,74
Controlar y realizar el seguimiento de conflictos colectivos e individuales	41, 63.	2	0,49
Controlar las existencias de almacén	480, 22, 84, 345, 455.	5	1,23

⁴ Cada número identifica una dotación, así la dotación se cita realmente con el código, por ejemplo: 520040-344, la cual identifica a una sola persona (la que ocupa la plaza 344 del puesto de administrativo 520040).

Auxiliar General. Código: 520020**Funciones** (todas las dotaciones)

- Alimentar bases de datos
- Comprobar, chequear y cotejar datos, listados, documentos, etc.
- Preparar, editar y completar dossiers, expedientes y todo tipo de documentación
- Procesar todo tipo de textos, tablas y/o gráficos.
- Tramitar administrativamente autorizaciones
- Registrar, archivar y distribuir todo tipo de documentación y correspondencia interna y externa.
- Responder a la correspondencia
- Gestionar y mantener archivos de expedientes y documentación
- Facilitar información general, entrega y cobro de documentación e impresos.
- Recepcionar y tramitar quejas y reclamaciones

Tareas

(Por porcentaje de comunalidad sobre 889 dotaciones que contestaron a la encuesta. En RPT hay 963 dotaciones)

Tabla 3.

TAREA	Nº Dotaciones que la hacen	%	% Relativo	% Acumulado
1. Atender consultas y reclamaciones	586	65,92	11,46	11,46
2. Alimentar bases de datos y aplicaciones informáticas	589	66,25	11,52	22,99
3. Comprobar y cotejar datos, registros y documentación	577	64,90	11,29	34,27
4. Crear, mantener y actualizar bases de datos y aplicaciones informáticas	581	65,35	11,37	45,64
5. Efectuar el registro y/o distribución de entradas y salidas de productos, muestras y correspondencia	535	60,18	10,47	56,10
6. Tramitar y cotejar solicitudes y autorizaciones	427	48,03	8,35	64,46
7. Tramitar documentos contables	315	35,43	6,16	70,62
8. Elaborar certificaciones, notificaciones, compulsas, etc.	436	49,04	8,53	79,15
9. Manejar y actualizar diariamente ficheros archivos y registros	333	37,46	6,51	85,66
10. Realizar el seguimiento de expedientes	198	22,27	3,87	89,53
11. Elaborar información de actividad	129	14,51	2,52	92,06
12. Efectuar la tramitación y archivo de cartas, notificaciones y comunicaciones	144	16,20	2,82	94,87
13. Fotocopiar y encuadernar documentos	141	15,86	2,76	97,63
14. Tramitar informes, expedientes, notificaciones, pedidos, etc.	71	7,99	1,39	99,02
15. Archivar expedientes, actas e informes	50	5,62	0,98	100

Es decir 8 tareas afectan al 80% de las dotaciones de este puesto, ellas son su núcleo común. Saber hacer o haber hecho estas 8, implica poder ir al 80% de las dotaciones del puesto. Saber hacer las 10 al 90% y saber hacer 15 al 100%.

Tareas singulares de dotaciones concretas

Tabla 4.

Tarea	Dotación donde se realiza	Nº	%
Gestionar necesidades administrativas del centro	30,75,77,85,111,139,143,156,160,170,204,226,230,263,307,373,453,600,601,610,612,673,677,784,846,847,859.	27	3,04
Controlar las existencias de almacén	30,48,69,160,212,226,230,306,307,392,441,442,446,457,465,520,532,533,633,634,664,823,845,846,847.	25	2,81
Gestionar y mantener el registro de personal	51,111,202,226,245,306,321,333,339,390,477,478,479,489,532,566,635,642,668,727,779,814,845,847.	24	2,70
Mantener y actualizar páginas Web	204,217,219,224,225,226,227,230,233,465,519,534,583,774,816,832,834.	17	1,91
Preparar maquetas de publicaciones para imprenta	859	1	0,11

Por lo expuesto, se observa que la movilidad entre las dotaciones de cada puesto homogeneizado o racionalizado **es un hecho real y una posibilidad factible**. Su implantación no está limitada por tener responsabilidades distintas (todas las dotaciones tienen las mismas funciones), ni por hacer cosas distintas. Las principales limitaciones son culturales y se concretan en concebir el mando como la “posesión” de las dotaciones (plazas) jerárquicamente dependientes.

- Rediseño de los puestos de Administrativos y Auxiliares.

Ha sido conciencia general que una de las intervenciones más necesarias en materia organizativa es el rediseño de los puestos de administrativos y auxiliares. En la AGPV esta conciencia se acrecentó al realizar el estudio arriba expuesto. Se vio que de modo complementario debería iniciarse un estudio relativo a la proyección de estos puestos en un futuro no lejano, de manera que se legitimara su función en dicha Administración con un dimensionamiento ajustado. La entrada de la ofimática y las TIC's ha significado una autonomía de los técnicos respecto de lo que hasta entonces eran labores de auxilio administrativo. En el análisis descrito se observaba una concepción clásica de las tareas, pero también se atisban algunas nuevas. Ello exigiría un estudio de diseño organizativo y probablemente de gestión del cambio. Las posibles tareas futuras son estas:

- Crear, mantener y actualizar bases de datos y aplicaciones informáticas
- Mantener y actualizar páginas Web
- Manejar y actualizar informáticamente diariamente ficheros archivos y registros
- Tramitar telemáticamente informes, expedientes, notificaciones, pedidos, etc.
- Preparar maquetas de publicaciones para imprenta

8. Intervenciones en materia de Valoración.

La valoración como tal no es una medida de intervención propiamente dicha y podría no abordarse en este escrito. Sin embargo por la naturaleza sistémica del modelo de intervención que se está describiendo, valorar puestos es algo inevitable tras un proceso de intervención organizativa como el descrito más arriba. Seguidamente se exponen una serie de criterios que deben tenerse en cuenta llegado el caso de intervenir en esta herramienta de gestión.

La valoración es un proceso inevitable en la medida que un proceso de racionalización cuestiona las jerarquías previas. Reunir puestos antes distintos en puestos nuevos obliga a repensar las jerarquías y por ello volver a valorar. Asimismo se debe ser consciente de que valorar es clasificar, ubicar un puesto de trabajo comparativamente con otros en relación con criterios que, a mi juicio, sólo pueden referirse a la responsabilidad asumida y a la complejidad inherente a las tareas. Responsabilidad asumida y complejidad necesaria para satisfacerla son por tanto los factores principales por los que comparar puestos y remunerarlos.

El resultado de un proceso de valoración es trascendente para la carrera de los empleados públicos en la medida que estructura sus posibilidades de ascenso y las razones de su motivación para cambiar de puestos. La decisión organizativa en el diseño de puestos y la valoración, son los determinantes directos de la carrera posible del empleado público. Y no debe olvidarse que es la carrera y los criterios para su gestión quien, además de las jubilaciones, genera las vacantes desde las que poder actuar en intervenciones de reforma. Una buena valoración (si es que esto es posible) es condición para el éxito de una reforma. Por justicia, por motivación y por la trascendencia social que en las AAPP tiene esta herramienta.

Es clásico que en las AAPP se entiendan muy cercanas la valoración y la evaluación. Este hecho ocurre, precisamente, por no diferenciar entre persona y puesto. La valoración es de puesto y la evaluación de persona y es crítico diferenciarlas. Tanto como difícil, porque la mayor parte de los ocupantes se sienten valorados a sí mismos cuando un proceso de valoración se hace público. De aquí la trascendencia social comentada. Desde un punto de vista económico todo proceso de valoración debe dejar un margen a la especificidad de las plazas y las condiciones en las que se desempeñan las tareas de los puestos. Y también debe dejar un margen económico para dar cabida a la evaluación del desempeño que debe remunerar con variación los desempeños de los ocupantes. Confundir valoración y evaluación es romper el sistema y facilitar los recortes.

9. Intervenciones en materia de Evaluación del Desempeño.

La evaluación del desempeño (ED) es la herramienta de la *gestión de la diferencia* y por ello punto palanca del sistema de reformas aquí descrito. Por sí sola genera el cambio necesario para concebir la intervención como una reforma y evidencia la injusticia de los recortes. Los siguientes criterios para su implantación lo demuestran:

- Todos los empleados públicos deben ser evaluados en su desempeño (Art. 20 del EBEP, 2007). Dicha evaluación debe regirse por criterios de relevancia, fiabilidad, objetividad y practicidad.
- Los contenidos de la evaluación son las tareas relevantes del puesto de trabajo según los criterios de desempeño identificados en el análisis de puestos.
- El fin principal de la evaluación de desempeño es mejorar el servicio público. Por ello la primera consecuencia de una evaluación del desempeño negativa debe ser la identificación de una necesidad formativa. La segunda una reubicación del empleado y una revisión del criterio selectivo, la tercera una actuación disciplinaria.
- Los efectos retributivos de la evaluación del desempeño nunca deben superar a su trascendencia formativa y de carrera.

- La implantación de la evaluación del desempeño implicará necesariamente la instauración de la figura del Directivo Público Profesional.
- La evaluación del desempeño es condición para la formación y la carrera del empleado público. También para la validación de las inferencias realizadas con los diseños y datos obtenidos de la formación y la selección de los empleados públicos.

Al permitir la gestión de la diferencia la ED evidencia la injusticia y la ineficacia de las medidas horizontales de los recortes al dejar claro *a quiénes* se les priva de la condición de empleados públicos, o se les recorta sus condiciones laborales. Tanto como evidencia (si se hace bien) *en quiénes* se debería actuar. Por otro lado la ED permite a los empleados públicos, con mayor riesgo de perder su condición de empleado público, documentar sus desempeños y logros facilitando de esta manera su empleabilidad en otras organizaciones.

Muchas experiencias justifican con datos la imposibilidad de realizar ED's en las AAPP. Sin embargo, más allá de la obligatoriedad del EBEP, existen evidencias de que técnicamente es posible y de que, si se hace bien, hay garantías de fiabilidad, relevancia, y controlada contaminación y sesgo de sus medidas. Se debe ser respetuoso pero incrédulo con los hiperrealismos: siempre habrá muchas más razones para no hacer ED; innumerables ejemplos de fracasos y de consecuencias nefastas. En muchos casos tienen razón: es mejor no hacer ED que hacerla mal. De hecho, si no fuese por la obligatoriedad del EBEP, probablemente no se estaría hablando tanto de esta materia. Pero no se puede generalizar, muchas de esas experiencias de ED fueron parciales y no abordaron de forma sistemática ni con la técnica suficiente el cambio de paradigma que la ED y sus requisitos técnicos implican. Quizás desde la aprobación del EBEP hemos hablado mucho de la ED y hemos hecho poco. Quizás por ello hayamos perdido la inocencia de aquellos que hicieron cosas simplemente porque no sabían que era imposible.

10. Intervenciones en materia de Selección

Llegados a este punto de la intervención sistémica estamos en disposición de saber: qué responsabilidades debemos y queremos asumir; cómo organizamos éstas en



puestos racionalmente estructurados con unos niveles de jerarquía justificados por sus exigencias de coordinación, supervisión y control; justificadamente valorados según el montante económico que a ello se puede dedicar; su carga de trabajo; su perfil; datos referidos al personal que se jubila, e información de las evaluaciones individuales de los empleados públicos. Con esta información, la selección se puede y se debe concebir como una herramienta estratégica de primer orden: a cuántos y a quiénes quiero hacer empleados públicos.

La selección forma parte de un sistema integrado de Organización y RRHH donde los desempeños a predecir tienen que ser comportamientos relevantes y coherentes con los diseños organizativos y con la formación, la carrera, la evaluación del desempeño, el desarrollo y la satisfacción laboral de los empleados públicos, donde los técnicos de RRHH deben actuar de oficio en la adecuación de las personas a los puestos y en la gestión de la diferencia de sus desempeños.

El desarrollo del estado autonómico implicó la entrada masiva de empleados públicos en las AAPP autonómicas los cuales ahora están en la cincuentena y más o menos cercanos a la jubilación. Esta realidad junto con la gran interinidad que la judicialización de muchos procesos selectivos de acceso y de promoción ha provocado, exige diferenciar dos tipos de selección de acceso: la selección para rejuvenecimiento de plantillas, fundamentalmente con diseños selectivos basados en la estimación de la capacidad de aprendizaje y adaptación de nuevos empleados públicos jóvenes, y una selección de consolidación basada en la demostración del saber hacer de los que ya han desempeñado puestos de funcionarios como interinos. Esta decisión debe tomarse en función de los niveles retributivos de los puestos convocados y de cuál sea el objetivo de la selección: formación o desempeño. También en función del número de plazas que estratégicamente se quieran tras el diseño organizativo estratégico y la tasa de reposición lógica a partir de la medida de carga de trabajo. En situaciones de alta interinidad es más justo que aquellos que enfrentan ofertas públicas de empleo lo hagan en igualdad de condiciones para un número de plazas que el diseño organizativo haya decidido. Quienes no adquieran la condición de empleado público, enfrentarían dicha posibilidad en igualdad de condiciones y sobre un diseño organizativo justificado.

A este planteamiento no ayuda el *Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público* (BOE, 31 de diciembre de 2011, nº 315) que textualmente dice:

Artículo 3. Oferta de empleo público u otro instrumento similar de gestión de la provisión de necesidades de personal.

Uno. A lo largo del ejercicio 2012 no se procederá a la incorporación de nuevo personal, salvo la que pueda derivarse de la ejecución de procesos selectivos correspondientes a Ofertas de Empleo Público de ejercicios anteriores o de plazas de militares de Tropa y Marinería necesarios para alcanzar los efectivos fijados en la disposición adicional décima Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011.

Esta limitación alcanza a las plazas incursas en los procesos de consolidación de empleo previstos en la disposición transitoria cuarta del Estatuto Básico del Empleado Público.

Dos. Durante el año 2012 no se procederá a la contratación de personal temporal, ni al nombramiento de personal estatutario temporal o de funcionarios interinos salvo en casos excepcionales y para cubrir necesidades urgentes e inaplazables que se restringirán a los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales.

Es decir, la selección no va a ser una práctica habitual de los próximos años en las administraciones públicas españolas. Sin embargo lo ha sido y lo volverá a ser una vez que hayamos superado la parte más dura de la crisis económica en la que estamos inmersos, y algún político vea más allá del déficit y se dé cuenta de las posibilidades estratégicas de este instrumento de gestión de los recursos humanos.

11. Intervenciones en materia de formación.

La formación es el cambio planificado para adquisición, retención y transferencia de conocimientos y destrezas necesarios para el eficaz desempeño de las tareas de un puesto de trabajo.

En esta definición está implícita la naturaleza estratégica de la formación. Si es cambio la formación se da para resolver ignorancia, si es planificado es porque se ha determinado una meta de la formación; se sabe lo que alguien tiene que saber para poder desempeñar un puesto actual o pretendido. Y si es el desempeño lo que se quiere conseguir, su evaluación es condición de una buena formación. Es decir, la formación es condición para la materialización de la carrera, la cual, a su vez es la manifestación más palpable de la estructura organizativa decidida y de las metas de la propia administración pública. Desde este punto de vista la formación debe ser eliminatoria (no todo el mundo adquiere las destrezas) al constatar por el desempeño la no adecuación de la persona al puesto. Esto es válido tanto para la selección de entrada (periodo formativo selectivo), como para la provisión donde la demostración de las destrezas es condición para la adquisición de un grado profesional.

El diseño de los cursos formativos y su gestión en el tiempo (cuándo ofertar qué formación) es una herramienta estratégica de intervención ya que la superación de procesos formativos, en teoría, debe proveer puestos en carrera. Este hecho debe estar planificado ya que su primera consecuencia es la movilidad del personal y la consiguiente generación de vacantes. **La formación y las jubilaciones son quienes generan las vacantes en las AAPP que a su vez son condición para poder aplicar una planificación de RRHH acorde con el diseño organizativo estratégico.** Una administración que no concibe así su formación, reitera el status quo de la formación como *mochila para el mérito* y le niega su posibilidad estratégica de generación de vacantes.

12. Condicionantes de las intervenciones.

A mi juicio el condicionante más importante es la cultura y concretamente la no cultura de evaluación. Esto puede observarse en que muy pocas administraciones, por no decir ninguna, ha establecido la evaluación del desempeño como una de sus rutinas en la gestión de los recursos humanos y su organización. El EBEP, que en su artículo 20 obliga a hacer evaluaciones una vez aprobadas las correspondientes leyes de función pública, se aprobó en 2007 y desde entonces sólo hemos hablado de evaluación, no la hemos hecho. Esto es comprensible si entendemos que no hacerla nos evita hacer cosas desagradables:

- Evita tener que ser asertivos cuando hay que pasar el mal trago de decir a alguien que hace mal su trabajo y que algo le va a pasar por ello.
- Evita tener que establecer compromisos de cumplimiento que estructuren el tiempo.
- Evita tener que tomar decisiones retributivas que paguen más a los que mejor hacen y romper el “café para todos”.
- Evita evidenciar las ineficacias de los programas de formación que nada o poco tienen que ver con el trabajo para el que se forma, simplemente porque se desconocen las destrezas necesarias para hacer un trabajo tan bien como lo describe su mejor desempeño.
- Evita tener que probar que la formación se ha transferido al puesto de trabajo, que éste ha mejorado en eficacia y que la inversión ha sido rentable.
- Permite raseros generales a la hora de la movilidad entre puestos, lo cual tiene más posibilidades de éxito social pero un coste de eficacia.
- Evita tener que ejercer el liderazgo sobre compromisos de cumplimiento de plazos, productos o indicadores, que, en definitiva, es trabajo para el que ejerce la jefatura.
- Evita cuestionar el status quo, al no tener un referente de cuáles son las características de producto o servicio que exigen los ciudadanos.
- Etc.

Pero no hacerla nos resta uno de los “puntos palanca” en los que basar las intervenciones que racionalmente pueden ser alternativas a los recortes. Además, cualquier Administración que no mide su desempeño, dificulta el natural cambio gradual y está abocada a cambios bruscos, cualitativos y traumáticos producidos por cambios políticos, tecnológicos, o crisis económicas como la que estamos viviendo. Toda Administración que no mide su desempeño tiene más dificultades a la hora de asentar o hacer estables los cambios que se han demostrado eficaces y circunscribir cualquier realidad política surgida de un cambio electoral, a su auténtica naturaleza de estrategia política, orientación del servicio público, etc.

Otro elemento que condiciona mucho las intervenciones aquí relatadas es el propio estrato político. Por dos razones: 1. Su interinidad (4 años) lo cual dificulta llegar a dominar la visión del sistema comentado y, sobre todo, adquirir el *sentido institucional* necesario para trascender su visión partidista. 2. Su criterio de éxito que muchas veces se limita a conseguir paz social aunque sea a expensas de intervenciones racionales que hacen robusta una administración y le dan músculo para poder enfrentar circunstancias como las actuales sin sacrificar auténtico criterio de éxito: el servicio público en igualdad.

Otro condicionante importante para las intervenciones aquí descritas es la dificultad constatada de implantar la figura del Directivo Público Profesional. Éste está siendo otro de los fracasos de las posibilidades que aportó el EBEP. Quizás porque su instauración no interesa ni a los funcionarios (resta un nivel posible de carrera) ni a los políticos a los que resta un estrato directivo donde poder ubicar a sus personas de confianza. Esta dificultad es crucial para instalar la cultura de evaluación. Sin directivos públicos profesionales no es posible una cultura de evaluación y consecuentemente uno de los pilares del sistema aquí descrito queda sin efecto. A mi modo de ver y por experiencia propia, ninguna de las competencias necesarias para llevar a cabo tareas en relación con la evaluación son criterio de selección para los directores/as actuales, por lo que la gran mayoría no podría realizar esta labor de modo adecuado y menos si estos cargos son funcionarios promocionados a dichos puestos que posteriormente deberán volver a su plazas, muchas veces en la misma unidad que ahora dirigen y a cuyos miembros evaluarían. Sólo quien ha sido evaluado para desempeñar este rol, está siendo evaluado en la consecución de los

objetivos comprometidos y al final de su mandato se le juzgará por ellos, puede asumir la ED como una de sus funciones naturales. La figura del Directivo Público Profesional se convierte así en una de las condiciones ineludibles de la implantación de la ED. Las funciones más importantes del directivo público en relación con la ED son las siguientes (Gorriti, 2010):

- Funciones del DPP en relación con la tarea
 - Diseño organizativo para la mejora del servicio. Aclaración de roles y definición de funciones de sus subordinados.
 - Planificación, organización, establecimiento de objetivos y asignación de recursos.
 - Gestión de recursos e instalaciones.
 - Elaboración, ejecución y seguimiento del presupuesto.
 - Dirección de la ejecución de proyectos y control de su cumplimiento.
 - Inspección para la mejora, racionalización y simplificación de los métodos de trabajo. Diseño de procesos.
 - Evaluación del Rendimiento. Consecución de objetivos del grupo.
 - Planificación de sistemas de comunicación y de información.
 - Coordinación y representación con otros órganos ministeriales. Resolución de problemas y conflictos entre unidades administrativas.

- Funciones del DPP en relación con sus subordinados
 - Establecimiento de cauces formales y personales de comunicación con sus subordinados.
 - Establecer una amplia red de relaciones en el ámbito de su competencia.
 - Motivación y conformación de equipos. Gestión de la formación de sus subordinados.
 - Representación, identidad y defensa del equipo y sus miembros.
 - Evaluación del desempeño individual y gestión del reconocimiento.
 - Gestión de conflictos entre personas.



Otro condicionante, no siempre aceptado, es nuestra propia resistencia a cambiar. Debemos ser autocríticos, sospechar de nosotros mismos en cuánto a qué parte de este juego macabro de los recortes estamos asumiendo. No es general, ni mucho menos, hay mucha gente que lo está pasando muy mal, sobre todo aquellos que por no tener la condición de funcionarios, no tienen asegurado su puesto de trabajo. Pero en funcionarios puede haber un “confort rabioso” en el que se nos está queriendo ubicar y por el que paradójicamente somos criticados. Cuidado, tener tan claro a los culpables puede llevarnos a la pasividad. Tenemos prisa por ser eficaces, la crisis y los recortes ciegos lo exigen. Si estamos de acuerdo en que estas herramientas son necesarias por sí mismas, seríamos incoherentes si siendo jurídicamente factible, no iniciáramos los pasos necesarios para su implantación. Innovar para trabajar mejor, profesionalizar el servicio público y medirlo, no puede esperar. Agazaparse y defenderse es taparse los ojos ante una realidad que nos puede pasar una factura mucho más cara. Necesitaremos ayuda de la clase política más profesional, de los representantes sindicales y de la judicatura. Si no remamos todos en el mismo sentido, si no asumimos toda la cuota de responsabilidad institucional que ello exige, esto será muy difícil.

Soy consciente que las propuestas aquí descritas exigen un tiempo que quizás no tenemos. Prioricen ahora que conocen el sistema. La crisis nos ha obligado a repensar lo que hacemos y a decidir qué queremos ser. Tarde o temprano tendremos que hacerlo. Este es un viaje largo pero como todo viaje empieza con un primer paso. Llevamos cuatro años de crisis conocida. En estos cuatro años podríamos haber empezado a pensar actuaciones como las aquí descritas. No tardemos más.

Referencias

Echebarría, K (2010). Crisis y empleo público en España. SUMAS.

<http://blogs.vitoria-gasteiz.org/sumas?s=Koldo+Echebarr%C3%ADa&lang=es>

Gorriti, M y Bañuelos, J. I. (2009) El Diseño Organizativo de la Agencia Vasca del Agua. Ed. Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP). Oñate.

Gorriti, M y López, J (2010). El Análisis de Puestos en la Administración Pública. IVAP. Oñate

Gorriti, M. (2002). Análisis Funcional de los Grupos A y B de la Administración General del País Vasco. Revista Vasca de Administración Pública. Nº 63. pp.: 205-242. IVAP. Oñate.

Gorriti, M. (2010). Los directivos públicos profesionales (DPP) en la AGE (origen, ubicación, funciones, perfil, profesionalización y cambio). En La alta dirección pública: análisis y propuestas. Luís Ortega y Luís Maeso, editores. INAP. Madrid.

Jiménez Asensio, (2012). La (casi) inédita planificación de recursos humanos en el sector público: una necesidad objetiva, más en tiempos de crisis.

http://www.estudiconsultoria.com/index.php?option=com_content&view=article&id=198%3AAla-casi-inedita-planificacion-de-recursos-humanos-en-el-sector-publico-una-necesidad-objetiva-mas-en-tiempos-de-crisis&catid=35%3Ablog&Itemid=73&lang=es

Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. BOE, nº 89

Senge, P. (1990). "La Quinta Disciplina. Cómo impulsar el aprendizaje en la organización inteligente", Ediciones Juan Granica, España

2a

sessió

29/11/12

La reordenació de les competències locals. Afectació a les plantilles de personal. Accions i decisions que es poden aplicar

L'afectació a les plantilles de personal. Accions i decisions que es poden aplicar.

Rafael Jiménez Asensio, professor de Dret Constitucional de la Universitat Pompeu Fabra i soci director del despatx Estudi Consultoria Sector Públic.

IMPACTO DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE RACIONALIZACIÓN Y SOSTENIBILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL SOBRE LA “CARTERA DE SERVICIOS” , LA ORGANIZACIÓN Y EL EMPLEO PÚBLICO DE LOS ENTES LOCALES (AFECTACIÓN A LAS PLANTILLAS)

Rafael Jiménez Asensio

Socio-director de Estudi.Con
Catedrático de universidad (acreditado)
estudiconsultoria@gmail.com
www.estudiconsultoria.com

1. Introducción: Las primeras medidas de "ajuste institucional". La propuesta de reforma del Gobierno local	1
2. Impacto de la reforma del Gobierno local sobre la organización y los recursos humanos de los ayuntamientos	10
2.1. Impacto sobre la cartera de servicios locales. Un aspecto clave: la situación económico-financiera del ayuntamiento.....	10
2.2. Impacto sobre la organización y los recursos humanos de los ayuntamientos.....	11
2.2.1. Evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios en municipios de menos de 20.000 habitantes y asunción, en su caso, de la competencia por parte de las diputaciones provinciales	12
2.2.2. Evaluación negativa de servicios públicos complementarios o actividades económicas de aquellos municipios que tengan una situación económico-financiera en los términos antes expuestos.....	13
2.2.3. Evaluación negativa de servicios públicos obligatorios.....	14
2.2.4 Evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios prestados por mancomunidades y asunción de la competencia por parte de las diputaciones provinciales.....	14
2.2.5. Medidas de reordenación del sector público instrumental local: su impacto sobre la organización y los recursos humanos.....	14

1. Introducción: Las primeras medidas de "ajuste institucional". La propuesta de reforma del Gobierno local

Aunque realmente los Gobiernos locales en el conjunto del Estado ofrecen un porcentaje de deuda pública sobre el total de menos del 5 por ciento (del cual más de la mitad la tiene el municipio de Madrid) y su contribución al déficit público es, asimismo, muy escasa, lo cierto es que buena parte de las primeras medidas de ajuste financiero y de ajuste institucional han tomado como referencia al nivel local de Gobierno.

Esta política de ajuste institucional y financiero sobre los entes locales ha venido facilitada por dos datos principalmente: a) por un lado, se quería, al parecer, "dar señales" de que la política de ajuste institucional (o de reformas estructurales territoriales) iba en serio, y, ante las dificultades que ofrece un "ajuste territorial" aplicado sobre el nivel autonómico, se ha puesto el foco de atención sobre el eslabón más débil (los Gobiernos locales), porque además -de acuerdo con la interpretación expansiva que ha llevado a cabo la jurisprudencia constitucional- el Estado dispone de un título competencial (el artículo 149.1.18 CE) que le permite intervenir legislativamente en ese ámbito de manera mucho más fácil que sobre los niveles autonómicos (que disponen de garantía constitucional y estatutaria); y b) por otro, debido a la existencia de una situación objetiva del mapa local insostenible, ya que existen 8.116 municipios, más de 1.000 mancomunidades,

comarcas, 38 provincias de régimen común (con unas diputaciones provinciales cuestionadas), así como otros tipos de entidades locales (áreas metropolitanas, consorcios, entidades locales menores, etc.). En Cataluña el mapa municipal ofrece también un escenario fragmentado en más de 900 ayuntamientos, aparte de otras entidades locales de distinto signo (diputaciones provinciales, comarcas, mancomunidades, consorcios y un área metropolitana).

Aunque con precedentes en el Plan Nacional de Reformas aprobado por el Gobierno central a finales de abril de 2012 y presentado a la Comisión Europea, la reforma del Gobierno local arranca formalmente a partir del informe que se presenta al Consejo de Ministros de 13 de julio de 2012, que tiene por objeto el Anteproyecto de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. El origen de este Anteproyecto se encuentra en una Comisión Interadministrativa que finalizó su trabajo mediante la presentación de un documento fechado el 25 de mayo de 2012. Este Anteproyecto llevaba a cabo una profunda reforma de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local (que afectaba a los equilibrios institucionales básicos por lo que se refiere al nivel local de Gobierno), regulando, entre otras cosas, un nuevo sistema de competencias locales y estableciendo un reajuste competencial de los servicios mínimos obligatorios en función de los resultados de una evaluación de tales servicios. Asimismo, modificaba puntualmente algunas previsiones de la Ley de Haciendas Locales y, en fin, establecía un conjunto de nuevas reglas básicas en materia local, que se desplegaban sobre seis grandes ejes:

- Un nuevo sistema de competencias locales y una nueva regulación de las actividades económicas. Un reajuste de las competencias locales según Administraciones locales (con el consiguiente reforzamiento de las diputaciones).
- Un redimensionamiento de las entidades instrumentales locales.
- La evaluación de todos los servicios locales de ayuntamientos y mancomunidades (no de las diputaciones provinciales).
- Un nuevo marco regulador de la figura del consorcio local.
- La supresión de los entes locales menores.
- La recuperación de la figura de los funcionarios con habilitación de carácter "nacional", reforzando notablemente el papel de los interventores locales como una suerte de agentes del Ministerio de Hacienda en los municipios.

Esta propuesta de reforma fue objeto de una fuerte contestación política desde diferentes ángulos territoriales e institucionales, principalmente por alguna de las medidas que se incorporaban en el conjunto del paquete de reformas locales anunciadas en su día (reducción del número de concejales, baremo de retribuciones de los representantes locales, supresión de entes locales menores, etc.), lo que supuso que, a principios de agosto, se aparcara su tramitación, con el objeto de abrir un proceso de negociación con la FEMP y mejorar su contenido.

Pero realmente es oportuno subrayar que este aparcamiento de la tramitación de tan importante reforma es temporal. Sin duda en ese "aplazamiento" de la tramitación ha influido el cambio de presidencia de la FEMP (que solicitó tiempo para negociar su contenido), pero sobre todo han pesado sobremanera la convocatoria anticipada de tres comicios autonómicos (Euskadi y Galicia, el 21 de octubre, y Cataluña el 25 de noviembre). Se trata, en efecto, de un paréntesis que en breve plazo se cerrará (el ministro de Hacienda y Administraciones Públicas ha declarado a finales de octubre que "en pocas semanas se aprobará como proyecto de ley"), puesto que el Gobierno central ya presentó a principios de agosto a la Comisión Europea el Plan Presupuestario para los ejercicios 2013 y 2014, y en el citado Plan se cuantifica cuál va a ser el ahorro como consecuencia del ajuste institucional derivado de la reforma local (más de 9.000 M€ en esos dos años). Asimismo, en el Documento aprobado el 27 de septiembre en el Consejo de Ministros (titulado "Estrategia Española de Política Económica: reformas estructurales para el próximo semestre") se recogen dentro de las reformas estructurales del sector público ("Adelgazamiento de estructuras administrativas") una serie de medidas de ajuste institucional que tienen que ver con los Gobiernos locales. Y estas medidas, resumidamente, son las siguientes:

- Aprobación de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, para delimitar las competencias municipales, evitar duplicidades y suprimir estructuras

administrativas redundantes (entidades locales menores y mancomunidades). Se estima un ahorro de 3.500 M€ en 2013 (cuarto trimestre de 2012). Esta estimación cabe considerar que no se cumplirá, pues en el mejor de los casos la citada ley estará aprobada dentro del primer semestre de 2013.

- Reducción del número de concejales con la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral (cuarto trimestre de 2012). Tampoco tiene visos de cumplirse.
- Homologación del sueldo de los alcaldes, estableciendo un baremo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado (cuarto trimestre de 2012). Tan solo se cumplirá si se incorpora en los Presupuestos Generales del Estado para 2013. En el proyecto actual en tramitación ante las Cortes Generales no se ha incorporado.

Con independencia de que la calendarización de tales propuestas es, como ya se ha dicho, en exceso optimista (teniendo en cuenta que, cuando esto se escribe a finales de noviembre, no se han aprobado ninguno de los dos proyectos de Ley por el Consejo de Ministros, y el proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013 nada dice en relación con el citado baremo), lo cierto es que tal reforma local está recogida expresamente en la "agenda institucional" que el Gobierno ha entregado a la Comisión Europea. Por consiguiente, no cabe dudar ni un momento de que tal reforma seguirá adelante, por lo que la podemos considerar como inevitable. Otra cosa será el alcance definitivo que la misma tenga y cuál sea su contenido exacto, siempre sujeto a negociaciones políticas puntuales que pueden cambiar algo sus previsiones.

Efectivamente, a partir de la celebración de las elecciones catalanas (25 noviembre de 2012) todo apunta que este anteproyecto de Ley será tramitado de forma inmediata: primero será sometido a informe de la Comisión Nacional de Administración Local y luego aprobado definitivamente en Consejo de Ministros como proyecto de Ley, para ser tramitado ulteriormente en las Cortes Generales por procedimiento de urgencia (al parecer, según se ha dicho por el Ministerio, se tramitaría primero ante el Senado y después iría al Congreso de los Diputados). La última versión del anteproyecto (14 de noviembre de 2012) ha incorporado además algunos cambios sustanciales muy recientes en relación con el que fue informado en el Consejo de Ministros el 13 de julio de 2012. En cualquier caso, el nuevo texto del anteproyecto mantiene intacta la columna vertebral del modelo inicialmente diseñado, si bien -como decía- ha introducido importantes cambios (presumiblemente en una labor de aproximación entre Gobierno y FEMP), aunque también incorpora algunas incógnitas en cuanto a su alcance efectivo. Veámoslo de forma muy sucinta.

En efecto, en las últimas versiones del anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local elaborado por el Ministerio se vuelven a reiterar los objetivos centrales de la reforma (clarificar las competencias locales, racionalizar la estructura organizativa y el sector público instrumental local y reforzar la figura del interventor con la finalidad de ejercer un control financiero más intenso), pero a su vez se contienen los siguientes elementos estructurales sobre la reforma local que se pretende impulsar:

- Se suprimen las "actividades complementarias" (esto es, las competencias "impropias") de los municipios, lo que, en principio, deja al descubierto algunos de los servicios típicos que hoy en día prestan los municipios (tales como promoción económica, empleo, vivienda, escuelas de música, guarderías, etc.).
- No obstante, se admite que excepcionalmente los ayuntamientos podrán seguir ejerciendo tales competencias impropias y las actividades económicas que desarrollen los municipios siempre que no se pongan en riesgo las competencias propias y se garantice la sostenibilidad económica de aquellas, así como se respeten los requerimientos de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- El Gobierno del Estado, por un real decreto, establecerá los estándares de calidad para todos los servicios mínimos obligatorios municipales. Tales estándares servirán de base para fijar los recursos financieros asignados a cada entidad local, determinando asimismo la periodicidad y el procedimiento de evaluación de los mismos. Se trata, sin duda, de un "comodín" (o de una "habilitación en blanco") en manos del Gobierno central, por los importantes efectos que se anudan a tales evaluaciones. Es ciertamente, muy dudoso que las competencias básicas del Estado en esta materia puedan alargarse hasta tal extremo,

esto es, que por medio de una disposición de naturaleza reglamentaria se establezcan unos estándares que, en última instancia, afecten a las competencias propias (y, por tanto, a la garantía institucional) del municipio.

- Y es, en efecto, esta evaluación de los servicios mínimos obligatorios que afecta a los municipios de menos de 20.000 habitantes la realmente importante, ya que, en caso de no alcanzar los citados ayuntamientos tales estándares que se fijan por el Gobierno central en los servicios mínimos obligatorios recogidos en la Ley (limpieza viaria, abastecimiento de agua potable y depuración de aguas residuales, recogida y tratamiento de residuos, etc.), se prevé que el inicio de un procedimiento que puede terminar en la asunción de tales servicios por las diputaciones provinciales, cabildos o consejos insulares.
- Para ello, no obstante (y aquí viene uno de los cambios sustantivos en relación con el anteproyecto de ley de julio), se exige superar un alambicado proceso de toma de decisiones a través de la adopción del acuerdo de asunción de la titularidad de las competencias para la prestación común y obligatoria de los servicios por dos terceras partes de los diputados provinciales y con autorización incluso de la comunidad autónoma.
- Por tanto, tras una evaluación negativa de alguno o algunos de los servicios mínimos obligatorios se requiere para que la diputación asuma la competencia como propia (sin reversibilidad alguna) que lo apoye una mayoría reforzada de los diputados provinciales (2/3), así como -algo insólito desde el punto de vista de la autonomía local- que lo apruebe la Comunidad Autónoma. Por tanto, tan solo en aquellos casos en que se produzca una mayoría cualificada tan relevante el ayuntamiento vería desapoderadas sus competencias en la materia y estas pasarían al nivel provincial de gobierno. Ni que decir tiene que tal procedimiento es de muy difícil tránsito, lo que puede convertir este proceso abierto de “reordenación competencial” en un camino a ninguna parte.
- En cualquier caso, junto a ese principio de mayoría reforzada, el anteproyecto recoge una suerte de “principio dispositivo” para que las diputaciones asuman las competencias de los ayuntamientos en la prestación de determinados servicios mínimos obligatorios que no hayan alcanzado los estándares de evaluación. En efecto, en el caso de que un ayuntamiento demande voluntariamente la asunción de ese servicio por la diputación se requiere tan solo que esa asunción sea asumida por mayoría simple de la diputación y previo informe de la Comunidad Autónoma. Este procedimiento es más sencillo y sí que puede dar lugar a la creación de la prestación común de servicios por parte de las diputaciones en diferentes ayuntamientos.
- En realidad, todo este proceso se construye a partir de la asunción de las competencias y de la creación de un servicio común por las diputaciones provinciales (cabildos o consejos insulares) que prestará los citados servicios a nivel provincial o infraprovincial (delegando en comarcas, por ejemplo) por medio de las formas de gestión que mejor garanticen el cumplimiento de los principios de eficiencia y de sostenibilidad.
- Esta creación de unos servicios comunes y obligatorios de titularidad provincial (y, por tanto, extraídos de las competencias propias de los ayuntamientos) se justifica en razón de la naturaleza de los servicios, la población, la sostenibilidad financiera o a la ineficiencia en atención a las economías de escala (este último aspecto incorporado en las últimas versiones del anteproyecto). Pero, en verdad, lo que se pretende sobre todo es que “con carácter preferente” esa prestación común y obligatoria se despliegue sobre los siguientes servicios:
 - Residuos sólidos urbanos.
 - Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
 - Infraestructura viaria.
 - Asistencia social primaria.
 - Protección civil, prevención y extinción de incendios.
 - Transporte colectivo de viajeros.

- Instalaciones culturales y deportivas.
- Obviamente, como se puede observar con facilidad, algunos de estos servicios obligatorios no son de competencia (por tramo de población) de los municipios de menos de 20.000 habitantes, aunque ciertamente muchos de ellos sí que prestan tales servicios por demanda de los propios ciudadanos, habiéndose incorporado ya a la cartera de servicios de estos ayuntamientos. Pero en estos ayuntamientos de más de 20.000 habitantes las soluciones que depara el anteproyecto en el caso de evaluación negativa de sus servicios son, tal como se verá, mucho menos incisivas.
- Un aspecto muy importante a nuestros efectos es realmente qué ocurrirá en el caso de que un ayuntamiento de menos de 20.000 habitantes “pierda” la competencia propia de gestionar tales servicios mínimos obligatorios a favor de las diputaciones provinciales, cabildos o consejos insulares (también, en su caso, de las diputaciones forales o de las comunidades autónomas uniprovinciales). Estos efectos son de distinto signo y alcance:
 - El primero es que el responsable de la gestión de tales servicios deja de ser el ayuntamiento, por lo que la rendición de cuentas ante los ciudadanos debería ser de las diputaciones. Pero, dado el sistema de elección indirecta de las diputaciones, la relación entre este tipo de instituciones y los ciudadanos es sencillamente inexistente. Un déficit democrático de primera magnitud.
 - El segundo tiene que ver también con ese “vaciado competencial” de los ayuntamientos, pues de inmediato se plantea el problema de para qué se necesita una estructura política (alcalde y concejales) si los servicios más básicos son asumidos por una instancia local diferente. Sin duda, estas soluciones (que serán de geometría variable) darán lugar a la reproducción del viejo esquema decimonónico entre “municipios completos” y “municipios incompletos”, pero no cabe duda que estos últimos pueden estar en la antesala de su futura desaparición o integración en estructuras políticas locales distintas.
 - Particularmente importante es, en tercer lugar, el necesario traspaso de los medios materiales y personales del municipio a la diputación provincial. Un aspecto nada menor, puesto que el anteproyecto establece que “se acordarán” tales traspasos entre la institución provincial y los ayuntamientos concernidos. Ello implica constituir “comisiones mixtas de traspasos”, lo que implicará un esfuerzo de gestión, económico y técnico de notable complejidad (¿se ha pensado realmente en si este proceso ahorrará o encarecerá costes en su ejecución?).
 - La complejidad del proceso de traspaso se muestra, sin duda, en todo lo que afecta al personal y, asimismo, a las instalaciones materiales. En efecto, la “pérdida” de la competencia por parte de los ayuntamientos supone no solo pérdida de recursos financieros asignados a la misma, sino también el traspaso del personal y de los medios materiales de los ayuntamientos a las diputaciones. Ya se puede intuir la complejidad inherente de tales traspasos y, por lo que ahora importa, de los relativos al personal (diferencias de condiciones de trabajo, retributivas, etc.). Con la finalidad de paliar estas últimas dificultades el anteproyecto prevé que en el acuerdo de traspaso se “incluirá un plan de redimensionamiento para adecuar las estructuras organizativas, laborales e inmobiliarias y de recursos resultantes de la nueva situación, previendo medidas de movilidad geográfica y funcional” .
 - De tales previsiones, por lo que respecta al personal, bien se pueden colegir lo siguiente:
 - El plan de redimensionamiento no es otra cosa que una reducción de efectivos vehiculada a través de un plan específico.
 - Obviamente ese reajuste de efectivos solo se proyecta sobre el personal laboral.
 - No queda claro, por tanto, qué administración (la municipal o la provincial) es la que tiene que iniciar el procedimiento de despidos colectivos o llevar a cabo, en su caso, los despidos por causas objetivas.

- Al personal funcionario no le alcanzaría, por tanto, ninguna medida de este tipo, esto es, las propias de los “despidos colectivos u objetivos” (puesto que se habla solo de “laborales”).
 - No obstante, y esto sí que es aplicable a funcionarios como a personal laboral, se deben prever asimismo medidas de movilidad geográfica y funcional, en su caso, dado que este personal pasará a prestar servicios a las diputaciones y, por consiguiente, deja de estar vinculado a los ayuntamientos.
 - El personal funcionario sería declarado en situación administrativa de servicios en otras administraciones públicas como consecuencia del citado traspaso de servicios, manteniendo un derecho de retorno a la administración de origen (aunque el EBEP solo está pensando en transferencias a las Comunidades Autónomas).
 - Pero, al negociarse en comisión mixta tales procesos de traspasos estos pueden acabar en acuerdo o en desacuerdo. En este último caso, se establece una fórmula un tanto indeterminada: “a falta de acuerdo, la Comunidad establecerá lo procedente, previo informe del órgano de colaboración entre Comunidad Autónoma y Entidades Locales” . En fin, una auténtica madeja de complicaciones formales para “reordenar un sistema competencial” mediante una combinación compleja de mayorías reforzadas, principio dispositivo e hipotéticas autorizaciones (o vetos) de la Comunidad Autónoma. Un diseño institucional que conducirá con toda probabilidad a la pura ineficiencia del modelo.
 - Nada se dice, en cambio, sobre qué sucede en los casos en que no se alcanzan los estándares de calidad en el municipio y, asimismo, no se obtiene la mayoría de 2/3 de los diputados provinciales o la comunidad autónoma no da la correspondiente autorización. O, en su caso, no se aprueba por mayoría simple de los diputados provinciales. Da la impresión de que este modelo está todavía muy verde en lo que al diseño final respecta.
- En el anteproyecto de ley de 13 de julio de 2012 "caían" del listado del artículo 25.2 de la Ley de Bases las competencias municipales en materia de sanidad y educación. No obstante, en el borrador de noviembre de 2012 las competencias en materia de educación vuelven a ser un ámbito en el que el legislador sectorial puede atribuir competencias a los municipios. El anteproyecto, para más paradoja, establece que esas materias (también la educación) podrán ser delegadas por las comunidades autónomas a los municipios de más de 20.000 habitantes, pero acompañadas necesariamente de la correspondiente financiación (todo ello en el marco de una amplia y nueva regulación de la delegación y con determinación de sobre qué ámbitos, entre otros, se puede proyectar).
 - El anteproyecto, con la voluntad expresa de evitar duplicidades e integrar lo que denomina las "competencias concurrentes o compartidas" entre comunidad autónoma y municipios de más de 20.000 habitantes, establece un larguísimo listado de ámbitos materiales sobre los cuales las propias comunidades autónomas podrán delegar competencias en esos municipios. El carácter potestativo de esta operación apenas resuelve nada el fondo del problema. La duda que está detrás de tan largo listado de hipotéticas delegaciones (pactado con la FEMP) es si sobre esas materias los ayuntamientos pueden o no asumir competencias propias siempre que así lo prevea la legislación sectorial autonómica o, por el contrario, tales previsiones cierran la atribución de tales materias como competencias propias municipales. El problema no es baladí, puesto que depende cuál sea la lectura algunos Estatutos de Autonomía (de segunda generación) quedarían sin aplicación cuando prevén que los ayuntamientos puedan asumir competencias sobre esos ámbito y se devaluaría en exceso la autonomía municipal, que debe estar basada en el ejercicio de competencias propias y no de competencias delegadas (que son de otro nivel de gobierno).
 - Se refuerzan asimismo las competencias de las diputaciones provinciales mediante una nueva redacción del artículo 36.2 de la Ley de Bases de Régimen Local; es decir, además de las competencias de prestación común y obligatoria de los servicios mínimos que

asuman las diputaciones como consecuencia de no alcanzar los respectivos municipios los estándares mínimos de calidad, las diputaciones provinciales siguen ejerciendo las funciones de cooperación y asistencia técnica a los municipios (aunque reformuladas), así como otras competencias de carácter funcional (por ejemplo, en materia de selección y formación de empleados locales). Se mantiene en pie, incluso fortalecido, el Plan provincial de cooperación a las obras y servicios de carácter municipal (que en el caso de Cataluña debe adecuarse a su configuración autonómica, y en otros casos, como el vasco, no tiene expresión efectiva).

- Cabe, como se ha dicho, que la prestación de los servicios cuyas competencias sean asumidas por las diputaciones provinciales se lleve a cabo a través de un nivel infraprovincial: en este caso es en el que pueden entrar en juego las comarcas (por ejemplo, en el caso de Cataluña). Así, se establece que el ámbito comarcal será "preferentemente" considerado para la prestación común y obligatoria de los servicios mínimos en aquellos supuestos de no alcanzarse los estándares de evaluación correspondientes que fije el Gobierno del Estado. Esta solución institucional puede ser óptima en aquellos casos en que, como en Aragón y Cataluña (de hecho el anteproyecto de 14 de noviembre de 2012 ha incorporado la excepción aragonesa, pero curiosamente no la catalana), la comarca está ya plenamente interiorizada, aunque puede plantear problemas de convivencia serios entre las diputaciones provinciales y las propias comarcas. No obstante, esta fórmula de prestación "comarcal" de los servicios mínimos obligatorios que han sido previamente "provincializados" complica más aun el escenario diseñado, puesto que obliga a llevar a cabo una delegación de esa prestación común y obligatoria de la diputación a favor del ente comarcal, lo que suscita de inmediato problemas con el personal traspasado de los ayuntamientos a las diputaciones, puesto que se debería a su vez poner a disposición de los entes comarcales que presten finalmente el servicio. El acuerdo de delegación deberá prever todo este tipo de complejos supuestos. Más complicaciones a un proceso ya de por sí enormemente sofisticado.
- La regulación del anteproyecto también modifica, en términos no exentos de polémica, el ejercicio de la iniciativa pública de las actividades económicas por parte de los entes locales. Aparte de las exigencias de cumplir con los principios de estabilidad presupuestaria, así como explicitar qué se deberá acreditar en el expediente (esto es, qué justificación deberá acompañarse al expediente de acreditación de la conveniencia y oportunidad de la medida), se somete a aprobación definitiva por parte de la comunidad autónoma todo tipo de actividad económica, no solo la que se ejerza con carácter de monopolio, sino también la de libre competencia. Esto representa una clara intromisión en la autonomía local.
- Desaparece, frente a la regulación del anteproyecto de 13 de julio, toda la regulación sobre los funcionarios con habilitación de carácter estatal que pretendía modificar las previsiones recogidas en el Estatuto Básico del Empleado Público. No obstante, en el último congreso de COSITAL (Cádiz, noviembre de 2012), el colectivo de funcionarios con habilitación de carácter estatal ha reivindicado recuperar esa regulación e insertar la figura de los habilitados dentro de la legislación de régimen local y fuera de la normativa de función pública (EBEP). Se mantiene, eso sí, el fortalecimiento de la figura del interventor, tanto en los procesos de evaluación conjunta de los servicios públicos (que elaborará un informe siguiendo la metodología evaluadora que a tal efecto apruebe la Administración General del Estado), como mediante una modificación de dos artículos de la Ley de Haciendas Locales (control interno de entes instrumentales locales e informes sobre resolución de discrepancias o reparos ante resoluciones adoptadas por los órganos del ayuntamiento).
- Frente a la evaluación general de todos los servicios públicos que preveía el anteproyecto de la Ley que se informó en el Consejo de Ministros del día 13 de julio de 2012, en el nuevo texto se establece un sistema de evaluación de los servicios municipales "tasado"; esto es, solo deberán acudir a la evaluación de sus servicios públicos locales aquellos ayuntamientos en los que, en la última liquidación de presupuestos, se deduzca un ahorro negativo, su nivel de endeudamiento supere los estándares previstos en la Ley de Haciendas Locales, o que incumplan la normativa de estabilidad presupuestaria. El resto

de ayuntamientos no debe someterse a tales evaluaciones de servicios, salvo que el municipio disponga de menos de 20.000 habitantes, pues en este caso es preceptivo seguir tal procedimiento. Las mancomunidades deberán, igualmente, someterse en todo caso a la evaluación de los servicios mínimos obligatorios que presten. Lo importante, sin embargo, son las consecuencias de una evaluación negativa. A saber:

- Si son servicios facultativos (“actividades complementarias”) o actividades económicas, los ayuntamientos deberán proceder a su supresión.
 - Si son servicios obligatorios, podrán privatizarlos, siempre que no desarrollen funciones de autoridad.
 - Y si son servicios mínimos obligatorios, en los municipios de menos de 20.000 habitantes (o que se presten por las mancomunidades), será causa determinante para la puesta en marcha del procedimiento previsto en el artículo 26.3 LBRL que puede terminar en la asunción de los mismos por las diputaciones provinciales.
- Pero si la parte dispositiva de ese anteproyecto de ley ha modificado sustancialmente su contenido, habiendo rebajado algunas de las decisiones más duras, como el automatismo de la asunción de competencias municipales por las diputaciones en el caso de evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios de ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes, no es menos cierto que, en lo que afecta al nuevo régimen jurídico de consorcios y de entes instrumentales locales, el texto reciente del anteproyecto continúa con las mismas líneas fuerza que se contenían en el de julio de 2012.
- No cabe duda que uno de los objetivos (no confesados) de este anteproyecto es reducir a su mínima expresión las entidades locales intermedias prestadoras de servicios (mancomunidades y consorcios), así como “redimensionar” drásticamente (esto es, eufemismos aparte, “reducir” o “simplificar”) el sector público instrumental local. La operación de “vaciado” de las mancomunidades ya la hemos visto, y se plasma principalmente en el proceso obligatorio de evaluación de los servicios mínimos obligatorios que presten.
- El caso de los consorcios es diferente y conviene detenerse en él. La nueva redacción al artículo 57 LBRL implica poner de relieve el carácter residual del consorcio frente a la figura de los convenios. Además, se establece que en la constitución del consorcio se ha de garantizar la sostenibilidad financiera de las administraciones participantes, así como del propio consorcio, que no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos. Pero lo más sustantivo es una disposición adicional que establece el régimen jurídico de esta figura, donde se indica que los estatutos de cada consorcio determinarán la administración pública a la que estarán adscritos. Y ello de acuerdo con unos criterios de prioridad que se establecen en el propio anteproyecto (por ejemplo, la administración pública que disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno; que tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno; etc.). Los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, así como a la legislación de estabilidad presupuestaria. Particular interés tiene, a nuestros efectos, la previsión de que “el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de efectivos de las Administraciones participantes” , determinando que “su régimen jurídico será el de la Administración Pública de adscripción y sus retribuciones no podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en la Administración Pública de adscripción” . Unas limitaciones que tendrán importancia intrínseca en este tipo de entidades, puesto que, por un lado, impiden acudir a la contratación de personal externo a las administraciones públicas consorciadas (¿qué ocurre cuando participan en el consorcio entidades sin ánimo de lucro?) y, por otro, impiden asimismo la existencia de condiciones de trabajo y retributivas más ventajosas que las existentes en la administración de la que procedan.
- La regulación relativa al “redimensionamiento” del sector público instrumental local debe ser objeto también de atención en estos momentos, porque tales previsiones se extienden a la práctica totalidad de los entes instrumentales locales, estableciendo una

serie de reglas claras y precisas que son examinadas más adelante. Valga con indicar aquí que tales entes instrumentales se colocan “bajo sospecha” y que la voluntad del anteproyecto es proceder a su desmantelamiento, salvo que la situación económico financiera de la administración matriz (ente local) o del propio ente instrumental, sea satisfactoria, en cuyo caso no se ponen en cuestión. Pero, tal como se verá, las dificultades que encontrarán las entidades locales serán de gran calado para poder mantener su sector público instrumental local de cara al futuro.

- Se han "suavizado", en cambio, algunas aristas iniciales que aparecían en los primeros borradores (por ejemplo, la supresión en todo caso de las entidades locales menores o, como ya se ha dicho, una regulación de los funcionarios con habilitación de carácter "nacional" que retornaba a tiempos pretéritos), pero se mantienen muchas de las opciones iniciales de los primeros borradores (cuestionamiento de las mancomunidades, reforzamiento de las diputaciones provinciales, ya que con el nuevo texto se incrementan incluso sus poderes, régimen jurídico de los consorcios, reordenación radical de las entidades instrumentales locales, etc.). No obstante, se mantiene que las entidades locales menores no dispondrán de “personalidad jurídica”, por lo que cabe considerar que no son propiamente hablando “entes locales”, sino que se integran en el ayuntamiento matriz.

En suma, esta reforma que se pretende impulsar (y su exacto alcance) debe ser leída siempre en clave de una aparente reordenación de las competencias locales, pero que en el fondo esconde una reforma gradual y silente de la planta municipal y, por conexión, de la propia planta local en general. La autonomía local se pone en cuarentena, dado que se establecen procedimientos para desapoderar a los municipios de menos de 20.000 habitantes de buena parte de sus facultades sobre todo en la prestación de servicios mínimos obligatorios. Se orillan, por tanto, los principios recogidos en la Carta Europea de Autonomía Local. Todo apunta a que los municipios de menos de 20.000 habitantes se ponen bajo sospecha o vigilancia especial, así como las mancomunidades, pues es en esos niveles de Gobierno local en los que se centran las medidas más duras y con efectos más traumáticos (traslado de la competencia y traspaso de personal y medios materiales). No se puede obviar, por tanto, que el foco de atención se ha puesto claramente sobre aquellos municipios que no alcancen el umbral de población de 20.000 habitantes (así como sobre las mancomunidades que presten tales servicios), pues el cumplimiento o no de los estándares de calidad de los servicios mínimos obligatorios dependerá en buena medida de los criterios que fije discrecionalmente el Gobierno central en un Real Decreto. En este aspecto hay que significar aquí que, además de los criterios que ya aparecían recogidos en el anteproyecto de 13 de julio (naturaleza del servicio, población o sostenibilidad financiera), las últimas versiones del anteproyecto (que presumiblemente se aprobará como proyecto de ley) incorpora, como un criterio determinante para identificar en qué casos la prestación del servicio por parte de los municipios no alcanza los estándares de calidad, que el citado servicio "sea ineficiente en atención a las economías de escala". Este elemento o criterio en el proceso de evaluación puede conducir derechamente a "provincializar" amplios ámbitos de la prestación común de servicios obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes (eso sí, con el acuerdo de una mayoría reforzada de la diputación y el plácet de la comunidad autónoma, salvo que lo solicite voluntariamente un municipio).

El anteproyecto no cabe ninguna duda de que refuerza el papel de las diputaciones provinciales (y, hasta cierto punto, las consolida institucionalmente), aunque está por ver si este tipo de instituciones (en su configuración actual) son capaces de hacer frente a los importantísimos retos que les plantea esta reforma. No se puede obviar que las diputaciones provinciales han sido tradicionalmente instancias que han prestado funciones de asistencia y cooperación (técnica, económico-financiera, etc.) a los ayuntamientos, pero no tienen apenas recorrido alguno en lo que es el ejercicio directo de prestaciones o servicios a los ciudadanos, por lo que cabe presumir que deberán ser objeto de un replanteamiento estratégico y un cambio de modelo organizativo en un cortísimo espacio de tiempo. Dejemos de lado en estos momentos otros problemas (no menos importantes) como son los relativos a la legitimidad democrática indirecta de este tipo de instituciones, y a las exigencias de rendición de cuentas por las políticas públicas que vayan a desempeñar que afecten directamente a los ciudadanos.

2. Impacto de la reforma del Gobierno local sobre la organización y los recursos humanos de los ayuntamientos

No cabe duda de que una reforma de tal calado tendrá con toda seguridad un impacto fortísimo sobre la cartera de servicios de los ayuntamientos y, por ende, sobre las estructuras organizativas y sobre los recursos humanos de los ayuntamientos. Lo que aquí sigue no es sino un ejercicio de pura prospectiva que, con un mero carácter especulativo, solo pretende ofrecer un cuadro de alternativas o un marco básico de referencia a los políticos y gestores locales, con el fin de que puedan ir preparando su organización para afrontar los retos inmediatos que deberá resolver.

Obviamente todos estos impactos dependerán en buena medida de cuál sea el contenido final del proyecto de Ley que comentamos. Pero, como las líneas maestras del mismo ya están trazadas, sí que puede llevarse a cabo este ejercicio de prospectiva, que dividiremos en dos partes:

- a) Impacto sobre la cartera de servicios locales;
- b) Impacto sobre la organización y los recursos humanos de los ayuntamientos.

2.1. Impacto sobre la cartera de servicios locales. Un aspecto clave: la situación económico-financiera del ayuntamiento

Si se analiza detenidamente la citada normativa y se evalúa el hipotético impacto que puede tener la misma para la cartera de servicios que actualmente prestan los municipios catalanes, cabría introducir, como meras hipótesis de trabajo, una serie de consideraciones:

- Si la situación económico-financiera del municipio es razonable (no está en aquellos supuestos previstos en el anteproyecto) y se cumple con los requerimientos de la Ley de Estabilidad Presupuestaria, no hay problema alguno, en principio, que haga peligrar la prestación de tales servicios por los ayuntamientos a sus ciudadanos. Al menos, los problemas se disipan por completo en los municipios de más de 20.000 habitantes (los de menos de esta cifra deben someter a evaluación sus servicios mínimos obligatorios). La redacción final del anteproyecto respeta las "competencias impropias" y actividades económicas de los ayuntamientos siempre que tengan cubiertos sus servicios obligatorios, cumplan con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y su situación económico-financiera está saneada. Las "luces rojas" deben encenderse para aquellos ayuntamientos que ofrezcan situaciones económico-financieras complejas; esto es, que estén sujetos a planes de ajuste, planes de saneamiento económico-financiero o cualquier otra medida de ajuste para ordenar sus cuentas públicas. No obstante, como veremos, en el caso de los entes instrumentales la cosa varía algo: es muy importante el saneamiento de las finanzas de la administración matriz, pero también lo es que la entidad instrumental no incurra en déficit.
- Los ayuntamientos deben, por tanto, hacer una apuesta clara y decidida por el cumplimiento de tales exigencias de la legislación de estabilidad presupuestaria, puesto que el margen temporal de maniobra (en el caso de la evaluación de los servicios mínimos obligatorios de los municipios de menos de 20.000 habitantes) es muy escaso, ya que alcanza solo a seis meses. Si en ese plazo no se cumplen los estándares de calidad, se da inicio a los procedimientos de asunción de las competencias por parte de las diputaciones provinciales. De cara al futuro, el consejo es el mismo: siempre que se disponga de saneamiento económico-financiero y se cumplan los requerimientos de estabilidad presupuestaria, los riesgos, en principio, están minimizados.

De todas formas, hay que ser plenamente conscientes del previsible deterioro gradual de las cuentas públicas y de las finanzas de algunos ayuntamientos, sin duda como efecto reflejo de la recesión económica y de la caída de ingresos fiscales, así como de la reducción de otras transferencias de Administraciones Públicas (por ejemplo, subvenciones). Todo ello obliga necesariamente a llevar a cabo no tanto una gestión financiera de austeridad como una gestión económico-financiera eficiente y sostenible. Las limitaciones de acudir al endeudamiento dificultarán, más si cabe, este complejo entorno.

Bajo esas premisas, el mandato 2011-2015, así como buena parte del próximo mandato 2015-2019, será un período de enorme complejidad en la gestión política de los ayuntamientos

catalanes. Pero debe evitarse a toda costa que cunda la percepción de que se trata de "un mandato perdido", sino que por el contrario ha de ser un mandato que prepare el despegue institucional de los ayuntamientos catalanes en el momento en el que el ciclo (más tarde o más temprano) cambie de forma estable. No cabe desfallecer ante un escenario inmediato y mediato tan desfavorable: la política, también la política local, está para resolver los problemas y buscar soluciones. Habrá que reconstruir discursos innovadores, gestionar más con menos (o, al menos, lo mismo con menos) y ofrecer a los ciudadanos un futuro con esperanza.

En ese contexto no se puede obviar que se deberán adoptar decisiones complejas, difíciles y, en algunos casos, duras. Habrá que priorizar políticas públicas locales con todo lo que ello supone (apostar por unas determinadas políticas en perjuicio de otras, una decisión a veces dramática, pues se trata de bienes públicos o prestaciones homologables), será necesario impulsar algunos ajustes de mayor o menor dimensión en función del estado financiero del municipio (pero habrá que adoptarlos), cabrá actuar sobre la política de recursos humanos y sobre determinados entes instrumentales (en aquellos ayuntamientos que los tengan), y, en fin, la priorización de políticas conlleva necesariamente una afectación de la cartera de servicios.

En una larga etapa de contención presupuestaria, como es en la que nos encontramos, los ayuntamientos no pueden ni deben sacrificar toda la política de inversiones, afectar a servicios básicos que venían prestando (asistencia social, cultura, etc.) o detener todo gasto en mantenimiento, solo para poder pagar las nóminas de sus empleados públicos. El fin existencial de los ayuntamientos es prestar servicios a sus ciudadanos, que son quienes pagan con sus tributos todos los servicios, infraestructuras y personal del ayuntamiento. Esta idea debería ser asumida con todas sus consecuencias, pues los años venideros requerirán de los políticos locales mucho coraje y valentía, pero también mucha capacidad de convicción, mucha pedagogía y buenas artes comunicativas para trasladar a sus ciudadanos decisiones muy complejas.

En cualquier caso, como se ha visto en detalle, la afectación a la cartera de servicios de los ayuntamientos es potencial en muchos casos, aunque real en otros. Potencial es, sin duda, la asunción de la prestación de los servicios obligatorios por las diputaciones provinciales, ya que ello implica que exista una mayoría reforzada de 2/3 de los miembros de la diputación respectiva que lo avale y en todo caso una autorización expresa de la Comunidad Autónoma. No parece que sea esta una vía fácilmente transitable. Más fácil sería que lo pidiera un ayuntamiento (mayoría simple de la diputación y solo informe de la Comunidad Autónoma), sin embargo está por ver que un ayuntamiento se haga "el harakiri" voluntariamente y -si no hay una obligación legal- atribuya la prestación de parte de sus servicios obligatorios a otro nivel local de gobierno, ya que ello supone negar su propia existencia. Poco recorrido, por tanto, a estas "soluciones imaginativas del anteproyecto" que tropezarán con la tozuda realidad y no conseguirán prácticamente ninguna reducción de esas cantidades astronómicas de gasto público que se pretenden ahorrar con tales medidas (9.000 M€). Más real son, en cambio, los ajustes competenciales (o en la cartera de servicios) que se puedan producir sobre los servicios facultativos y actividades económicas en caso de evaluación negativa (limitado este proceso a determinados ayuntamientos que tengan situación financiera delicada), así como el redimensionamiento del sector público instrumental, sea por asfixia del ente instrumental en el caso de que la entidad matriz tenga un plan de ajuste o ya sea por situación deficitaria de la entidad instrumental o por depender de otra diferente, puesto que puede conllevar que ese servicio no se preste o todo lo más se "internalice" en la administración matriz. Está por ver, por tanto, que ese objetivo de "reordenación competencial" que pretende el anteproyecto se cumpla realmente. Con la actual redacción dista mucho de ser efectivo.

2.2. Impacto sobre la organización y los recursos humanos de los ayuntamientos

Una vez identificado el impacto sobre la cartera de servicios de los ayuntamientos, no cabe sino añadir que, como es obvio, ese impacto sobre los servicios implica asimismo una afectación directa sobre las estructuras organizativas, así como sobre los recursos humanos. Y para analizar esta cuestión nada mejor que situarse en los diferentes escenarios que se pueden hipotéticamente producir. A saber:

1. Evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios en municipios de menos de 20.000 habitantes y asunción, en su caso, de la competencia por parte de las diputaciones provinciales.
2. Evaluación negativa de servicios públicos complementarios o actividades económicas de aquellos municipios que tengan una situación económico-financiera en los términos antes expuestos.
3. Evaluación negativa de servicios públicos obligatorios.
4. Evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios prestados por mancomunidades y asunción de la competencia por parte de las diputaciones provinciales.
5. Medidas de reordenación del sector público instrumental local: su impacto sobre la organización y los recursos humanos.

2.2.1. Evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios en municipios de menos de 20.000 habitantes y asunción, en su caso, de la competencia por parte de las diputaciones provinciales

Probablemente se trate del escenario más complejo para cualquier ayuntamiento de menos de 20.000 habitantes, pues la no superación de los estándares de evaluación en los servicios mínimos obligatorios o en alguno o algunos de estos servicios mínimos obligatorios implica la iniciación de un procedimiento que puede terminar en la asunción de la competencia por las diputaciones provinciales, cabildos o consejos insulares (o por las diputaciones forales o las comunidades autónomas uniprovinciales).

Dejando de lado el complejo procedimiento que se debe transitar y las incógnitas o vacíos que rodean al mismo (¿qué sucede si la diputación provincial no asume las competencias por las mayorías requeridas o si la comunidad autónoma no da la autorización para que la competencia sea asumida?), la evaluación negativa de uno, alguno o todos los servicios evaluados puede acabar -aunque sea como mera hipótesis de trabajo- en la asunción de la competencia por parte de las diputaciones y, por consiguiente, en el traspaso de los medios materiales y personales, que deberá acordarse entre la diputación y el ayuntamiento afectados.

Esto implica no solo trasladar la titularidad de la competencia del ayuntamiento a la diputación, sino además iniciar un complejo proceso de traspaso de personal. Ni que decir tiene que los hipotéticos ahorros que se puedan producir en la gestión de estos servicios por razones de escala (“prestación común y obligatoria” por las diputaciones) se pueden ver empañados por un proceso de tal complejidad que requiere, además, la concurrencia de varias voluntades (creación de una comisión mixta de traspaso de servicios). En la hipótesis más extrema el ayuntamiento pierde por completo la competencia o competencias (se vacía de poder efectivo) y puede convertirse en una instancia decorativa, en la que los representantes de los ciudadanos (alcalde y concejales) no rinden cuentas ante aquellos que les han elegido, sino que desvían las responsabilidades a una institución a la que los ciudadanos no han votado directamente. El déficit democrático es una evidencia.

Pero estos acuerdos de traspasos de personal pueden incluir, como ya se ha expuesto, un plan de redimensionamiento para adecuar las estructuras organizativas, laborales, inmobiliarias y de recursos resultantes de la nueva situación, previendo incluso medidas de movilidad geográfica y funcional, en las que se valorarán los ahorros generados. Este plan, da a entender el anteproyecto que se formaliza en la propia Comisión de traspasos, cuando lo lógico sería que fuera una consecuencia de la "herencia" recibida por las diputaciones y, por consiguiente, competencia propia de estas. A falta de acuerdo, se concluye, decidirá la comunidad autónoma.

No queda claro, por tanto, qué instancia ejecutará el Plan de “redimensionamiento” del personal laboral y, en consecuencia, deberá proceder a activar los despidos por circunstancias objetivas o, en su caso, a iniciar un procedimiento de despido colectivo de acuerdo con el Reglamento que regula el procedimiento de despidos colectivos. Parece razonable que en el Acuerdo se establezca el Plan y que sea la diputación la que deba ejecutarlo en función de la necesidad real de recursos personales que tenga como consecuencia de la prestación común y obligatoria de los servicios, así como del modo de gestión que se establezca.

Asimismo, ese Plan de Redimensionamiento incluirá medidas de movilidad geográfica y funcional del personal funcionario y laboral que esté afectado por el traspaso de servicios. Nada debería impedir, en cualquier caso, que ese Plan de Redimensionamiento incluyera otro tipo de medidas a imagen y semejanza de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos o, incluso, de un Plan de Empleo aplicado a funcionarios públicos (con incorporación de situaciones administrativas tales como la excedencia voluntaria incentivada, expectativa de destino o excedencia forzosa).

No se puede diseñar un procedimiento más farragoso y más complejo para pretender en última instancia ahorrar costes, pues los efectos reales de tan tortuoso sistema es posible que multipliquen los gastos y las ineficiencias. Ciertamente, en última instancia la diputación elegirá la forma de gestión de esos servicios mínimos obligatorios que asume. Pero, aunque no es el momento de tratar este tema, las estructuras organizativas de las diputaciones provinciales -en el caso hipotético de que se lleve a efecto tal procedimiento de asunción de competencias municipales- estarán sumidas en un proceso de adecuación brutal a unas exigencias de ejercicio de prestaciones de servicios al ciudadano y de carácter organizativo para las que no están preparadas actualmente.

Todo apunta a que las modificaciones últimas al borrador de anteproyecto pretenden paliar las situaciones extrañas que se podrían producir como consecuencia de que la diputación debiera asumir obligatoriamente servicios distintos y distantes, cuya atribución provincial en nada mejoraría por razones de escala y de eficiencia la situación que se pretende paliar. Tal vez por eso las mayorías tan amplias que se exigen y la autorización de la comunidad autónoma. Esta solución pone en manos de una mayoría reforzada de la diputación y de la Comunidad Autónoma el cierre de este proceso, salvo en aquellos casos en que voluntariamente el municipio active tal procedimiento (principio dispositivo con mayoría simple de diputación).

Los ayuntamientos afectados, por tanto, perderán servicios, mutilarán su organización y traspasarán a su personal. El redimensionamiento, curiosamente, solo se prevé para los "laborales", ya que de los funcionarios nada se dice, se presume porque su estatuto de inamovilidad fuerza en un principio a la reasignación y, en su defecto, a la declaración en la situación administrativa que proceda (expectativa de destino o excedencia forzosa).

Demasiadas incógnitas, demasiada complejidad, como para pretender que de este proceso se ahorren las cantidades ingentes que se han previsto en el Plan presupuestario bienal de 2013-2014 presentado a Bruselas (más de 9.000 M€ en total).

2.2.2. Evaluación negativa de servicios públicos complementarios o actividades económicas de aquellos municipios que tengan una situación económico-financiera en los términos antes expuestos

En aquellos supuestos en los que proceda una evaluación de los servicios municipales complementarios o de las actividades económicas, en este caso aplicable cualquiera que fuera la población del municipio (esto es, cuando de la última liquidación de su presupuesto se deduzca un ahorro neto negativo o su nivel de endeudamiento sobrepase los límites establecidos en el texto refundido de la Ley de Haciendas Locales, así como en el supuesto de que se incumpla la normativa de estabilidad presupuestaria), y de la misma se deriven resultados negativos, el anteproyecto de Ley es contundente en cuanto a los efectos de tal evaluación: se deberá ordenar su supresión.

Es obvio que la supresión conlleva la no prestación del servicio complementario o de la actividad y, por tanto, el desmantelamiento de la estructura organizativa y la reasignación o, en su caso, desvinculación (dicho en otros términos, el despido) del personal laboral a su servicio (los funcionarios deberán ser reasignados o iniciarse un plan de empleo que finalice en una excedencia forzosa). Si el servicio está prestado por entes instrumentales se procederá a su disolución y posterior liquidación. En ese caso el personal laboral será despedido por despido colectivo o por causas objetivas o, en su defecto, reasignado si es posible a otra entidad. En este supuesto se requeriría, asimismo, un Plan de Ordenación de Recursos Humanos que previera esos despidos objetivos. El personal funcionario deberá ser reasignado o someterse a una excedencia forzosa, tras la elaboración de un plan de empleo o de un plan de reasignación de efectivos, debiéndose prever supuestos de movilidad funcional, así como cualquier otra medida que se considere necesaria.

Las consecuencias de este proceso son, por tanto, siempre traumáticas. El ajuste competencial viene acompañado de un ajuste institucional u organizativo, así como de un ajuste de plantillas.

2.2.3. Evaluación negativa de servicios públicos obligatorios

La evaluación negativa de los servicios públicos obligatorios de los municipios (esto es, los establecidos a través de una ley del Estado o de la comunidad autónoma y que no tienen el carácter de servicios mínimos obligatorios, según el artículo 26 LBRL) se produce en las mismas circunstancias que el caso anterior y tiene consecuencias menos traumáticas, pues simplemente se abre la posibilidad de que el ayuntamiento pueda privatizarlos. No es ni siquiera una opción obligatoria, lo que no queda claro es qué alternativas se dan en el caso de que no se optara por esa vía. Si se privatiza el servicio obviamente eso afecta de forma directa a la organización municipal y a los recursos humanos. Habrá que estar a cada caso y circunstancia. Pero una privatización puede acarrear fácilmente en el caso del personal laboral que se activen despidos colectivos o por circunstancias objetivas, así como en el caso del personal funcionario que se proceda a realizar un procedimiento de reasignación de efectivos. En todos estos casos se requiere un Plan de Ordenación de Recursos Humanos (aunque para el personal laboral no sea preceptivo, es sin embargo recomendable para objetivar las medidas adoptadas).

Nada se dice, en cambio, en el actual anteproyecto de la evaluación de los servicios mínimos obligatorios de los municipios de más de 20.000 habitantes, aunque presumiblemente cabe entender que también se realizará en aquellos supuestos en que el ayuntamiento tenga dificultades económico-financieras constatables objetivamente. La única disposición que prevé indirectamente una regla aplicable a este caso es la que afirma que, con carácter preferente, la prestación obligatoria y común por parte de las diputaciones de los servicios mínimos obligatorios se extenderá a los siguientes servicios:

- Asistencia social primaria (servicio mínimo obligatorio para ayuntamientos de más de 20.000 habitantes).
- Protección civil y prevención de incendios (más de 20.000 h.)
- Transporte colectivo de viajeros (más de 50.000 h.)
- Instalaciones culturales y deportivas (más de 20.000 h.)

2.2.4 Evaluación negativa de los servicios mínimos obligatorios prestados por mancomunidades y asunción de la competencia por parte de las diputaciones provinciales

Todas las mancomunidades deberán evaluar los servicios mínimos prestados (en este caso no se diferencia entre servicios mínimos) y el resultado negativo de tal proceso implica que se inicia el procedimiento para atribuir la competencia o competencias a la diputación en los términos ya examinados para los municipios de menos de 20.000 habitantes. Por tanto, en el escenario más extremo la mancomunidad entraría en un proceso de disolución y su personal sería traspasado a la entidad provincial, salvo que se ponga en marcha un plan de redimensionamiento del personal laboral al servicio de la mancomunidad.

Sin embargo, las soluciones no serán tan lineales, pues puede producirse perfectamente que haya mancomunidades que presten una pluralidad de servicios y en unos la evaluación sea positiva mientras que en otros sea negativa (¿qué se hace en estos casos?). El objetivo del anteproyecto es poner en cuestión las mancomunidades y atribuir la prestación de sus servicios (que no se olvide son de competencia municipal) a las diputaciones provinciales, pero el camino puede estar plagado de innumerables dificultades.

2.2.5. Medidas de reordenación del sector público instrumental local: su impacto sobre la organización y los recursos humanos

El anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad Local recoge una disposición adicional en la que regula un conjunto de medidas específicas dirigidas a lo que denomina como "redimensionamiento del sector público local". La exposición de motivos deja muy claras cuáles son las intenciones del legislador:

"[...] mediante la citada disposición adicional se trata de impedir la participación o constitución de entidades instrumentales por las entidades locales, cuando estén sujetas a un plan económico-financiero o a un plan de ajuste. En cuanto a las existentes que se encuentren en situación deficitaria se les exige su saneamiento y, si este no se produce, se deberá proceder a su disolución. Por último, se prohíbe, en todo caso, la creación de entidades instrumentales de segundo nivel, es decir unidades controladas por otras, que, a su vez, lo están por las entidades locales. Esta prohibición, motivada por razones de eficacia y de racionalidad económica, obliga a la disolución de aquellas que ya existen a la entrada en vigor de la presente norma, en el plazo previsto."

Una vez más, por tanto, la "línea roja" se encuentra en que la Administración matriz (esto es, el ayuntamiento) esté saneada o, en su defecto, en que las entidades instrumentales no se encuentren en situación deficitaria. Los ejes principales de esa propuesta de regulación contenida en la citada disposición adicional del anteproyecto son los siguientes:

- El enunciado de la disposición es muy gráfico de las pretensiones de la misma: "Redimensionamiento del sector público".
- Se veda que las entidades locales puedan adquirir, constituir o participar en la constitución de nuevos entes instrumentales (organismos, entidades, sociedades mercantiles, fundaciones, consorcios, etc.) durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.
- Esa prohibición se extiende también a la realización de aportaciones patrimoniales y a la suscripción de ampliaciones de capital dirigidas a atender necesidades de financiación de los entes instrumentales. Por tanto, si la administración matriz tiene un plan de ajuste o económico-financiero no puede realizar aportación patrimonial alguna a los entes instrumentales de ella dependientes. En el caso de los consorcios, al estar adscritos a una Administración, es capital por tanto la situación económico financiera de ésta.
- Si los entes instrumentales, a efectos de lo previsto en el SEC, están adscritos a una entidad local y se encuentran en situación deficitaria, disponen hasta el 31 de diciembre de 2013 para aprobar un plan de saneamiento específico y corregir así la situación de déficit.
- Si esa corrección no se cumpliera a 31 de diciembre de 2014, la entidad local debe proceder en el plazo de siete meses a disolver la entidad instrumental que se encuentre en situación deficitaria. Si agotado ese plazo no se ha procedido a la disolución, esta se producirá automáticamente a 1 de agosto de 2015.
- La situación deficitaria, a efectos del SEC, se entiende la de aquellos entes instrumentales necesitados de financiación, mientras que para las entidades no consideradas Administración Pública se refiere a la situación de desequilibrio financiero.
- Las entidades instrumentales que se consideran Administración Pública a efectos del SEC, y que dependen de las entidades locales, tienen prohibido constituir, participar en la constitución o adquirir nuevas unidades, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional.
- Es más, todos aquellos organismos o entidades instrumentales que estuvieran controlados por unidades adscritas o dependientes, a efectos del SEC, de cualquiera de las entidades locales, a partir de la entrada en vigor de la Ley deberán ser disueltos en el plazo de un mes, e iniciar su proceso de liquidación en el plazo de tres meses desde la fecha de disolución.

Como bien puede comprobarse, las medidas que se insertan en esta disposición adicional del anteproyecto tienen un triple objetivo principalmente:

- a) Cerrar el paso a que las entidades locales que tengan en marcha un plan de ajuste o un plan de saneamiento económico-financiero creen o promuevan la creación de cualquier tipo de ente instrumental, así como realicen hacia ellos aportaciones patrimoniales o suscriban ampliaciones de capital con la finalidad de reparar sus necesidades de financiación.

- b) Reestructurar, mediante un proceso de racionalización, todas aquellas entidades instrumentales locales que, a efectos del SEC, tienen la consideración de Administración Pública (esto es, no desarrollan actividad económica en sentido estricto, puesto que sus ingresos no dependen del mercado de forma significativa), mediante un proceso de saneamiento financiero y, en su caso, a través de la disolución de aquellas que sean deficitarias.
- c) Vedar la constitución o participación, así como el mantenimiento, de los entes instrumentales cabecera de *holdings* empresariales de sector público local, en aquellos casos en que tales sociedades cabecera a efectos del SEC tengan asimismo la condición de Administración Pública. Se cierra el paso a modalidades de creación de "sociedades filiales del ente matriz", cuyo objeto social se "descuartiza", pero también se quiere desmontar la existencia de "grupos de sociedades" dependientes de una sociedad (o ente) matriz, siempre y cuando tales sociedades mercantiles (o entes instrumentales) no se dediquen explícitamente a la actividad económica, obteniendo de forma significativa sus ingresos del mercado. Este último tipo de sociedad mercantil no se ve afectado, por tanto, por tales restricciones. Pero también se cierra el paso a que entidades públicas empresariales o, inclusive, consorcios, tengan estructuras instrumentales dependientes, tales como sociedades mercantiles u otras. Esta es una situación que, en muchos casos, es muy común o frecuente.

Bien se puede colegir de todo lo anterior el fuerte impacto que tales medidas tendrán sobre las estructuras organizativas locales (mejor dicho, sobre los entes instrumentales), así como sobre el personal al servicio de esas entidades. En el primer caso (prohibición de crear entidades o de realizar aportaciones cuando el ayuntamiento -la Administración matriz- esté sometido a un plan de ajuste o plan de saneamiento económico-financiero), las consecuencias para las entidades instrumentales dependientes son la asfixia económica y, por tanto, pasar a encontrarse en una situación deficitaria (por lo que se aplica lo siguiente).

Si, a pesar de que la Administración matriz está en situación óptima o en aquellos casos en que se encuentra sometida a un plan de ajuste, el ente instrumental tiene una situación deficitaria, se debe presentar un plan de saneamiento económico-financiero en el que irán insertas con toda lógica algunas medidas relativas a ajustes de personal. Como se ha dicho, se dispone de un plazo de un año para sanear ese déficit; si no se consigue, la entidad entrará en un proceso de disolución y posterior liquidación. Por consiguiente, la afectación del personal adscrito a esas entidades es obvia y directa, habitualmente acabará con despidos colectivos o por circunstancias objetivas si se trata de personal laboral y reasignaciones o declaraciones de excedencia forzosa si se trata de personal funcionario. Al igual que en los supuestos anteriores, se exige o aconseja, según los casos, un Plan de Ordenación de Recursos Humanos

Y, en fin, la interdicción absoluta de *holdings* de entidades instrumentales y su necesaria disolución en el plazo de un mes desde la entrada en vigor de la Ley, también tendrá impactos sobresalientes por lo que a estructuras organizativas y personal se refiere.

.....
En fin, no sabemos por ahora cómo acabará el proceso de tramitación de este anteproyecto de Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, pero todo apunta a que, con algunas modificaciones en el contenido que hemos expuesto, saldrá adelante. Tal como se ha visto, el impacto directo e indirecto sobre la cartera de servicios públicos locales, sobre la organización y los recursos humanos de los ayuntamientos y de sus entidades instrumentales, será notable y, en algunos casos, literalmente dramático.

Bien es cierto que habrá que esperar a cómo queda finalmente el contenido de la Ley, tras su aprobación por las Cortes Generales, pero la arquitectura central del modelo parece estar ya definitivamente asumida por el Gobierno, por lo que los cambios serán de matiz y no de calado profundo.

En todo caso, para calibrar cabalmente los impactos hay que llevar a cabo un análisis de caso en cada ayuntamiento, donde se identifiquen y contrasten una serie de ítems que no es momento ni lugar de exponer aquí. Asimismo, qué duda cabe, habrá que esperar a lo que en su momento se recoja en las disposiciones de naturaleza reglamentaria que apruebe el Gobierno en lo que

respecta al sistema de evaluación de los servicios mínimos obligatorios del artículo 26, y, asimismo, las evaluaciones recogidas en la disposición transitoria cuarta del anteproyecto.

3^a

sessió

11/12/12

El temps de treball a la funció pública després de la reforma laboral i la Llei de pressupostos

El temps de treball i la jornada de treball dels funcionaris. Les reformes legals del 2012 i la negociació col·lectiva.

Alberto Palomar Olmeda, magistrat del contenciós administratiu i professor associat del Departament de Dret Públic de l'Estat de la Universitat Carles III de Madrid.

El temps de treball i la jornada de treball del personal laboral. La reforma laboral i la seva aplicació a l'Administració local.

César Tolosa Tribiño, magistrat de l'ordre social i actual president del TSJ de Cantàbria.

Los tiempos de trabajo y la jornada de trabajo de los funcionarios. Las reformas legales de 2012 y la negociación colectiva.

Alberto Palomar Olmeda

Profesor Titular (Acreditado)
de Derecho Administrativo

Sumario.-

1.- Una cuestión previa.....	1
1.1.- La negociación colectiva en el ámbito público.....	1
1.2.- Régimen Jurídico de la negociación colectiva en el EBEP	6
2.- La definición de la jornada con carácter general.....	9
A) Introducción.....	9
B) Consideraciones específicas	14
C) El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.	15
3.- La determinación de la jornada en el ámbito local.	15
4.- Las modificaciones en el año 2012.	24
5.- El panorama de la negociación colectiva y los tiempos de trabajo.....	26
A) Con carácter general: la reducción del ámbito de la negociación colectiva.	26
B) Con carácter específico: la vinculación entre jornada y organización.	26
C) Finalmente, la necesidad de repensar el modelo de representación y participación de los empleados públicos.....	28
D) El problema final: el modelo de gestión de las Administraciones Públicas.	28

1.- Una cuestión previa.

Antes de analizar las reformas introducidas en el ámbito de la regulación de la función pública en 2012 cabría iniciar este planteamiento con dos referencias que resultan claras: la del marco y la crisis de la negociación colectiva en el ámbito público y la ubicación en dicho marco de la jornada y el tiempo de trabajo.

1.1.- La negociación colectiva en el ámbito público.

La admisión de la negociación colectiva en el ámbito de las relaciones laborales de los empleados públicos y, dentro de los mismos de los funcionarios públicos, plantea, a juicio de Blasco Estévez, 'un interrogante que, a la sazón, nos parece definitivo y que consiste en determinar si los derechos de sindicación y huelga conllevan o no el derecho a la negociación colectiva. La contestación positiva nos eximiría de mayores precisiones al haber reconocido ya ambos derechos a los funcionarios públicos, mientras que la negativa dejaría sin resolver la cuestión. En este punto nos recuerda Mauri que «el punto de partida no puede ser otro que la conocida STC 57/1982, de 27 de julio donde se declaró que: «del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva y menos con efectos vinculantes». De esta afirmación se deducía que el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad sindical de los funcionarios no

¹ Blasco Estévez, A.: Op. cit., p. 511.

comportaba necesariamente el derecho a la negociación colectiva que finalizará en la conclusión de convenios colectivos con efectos vinculantes al modo laboral...»².

Precisamente por esto López Gandía³ mantiene la independencia de ambos conceptos, si bien, añade que es dudoso que las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación de los funcionarios públicos autoricen a eliminar un derecho como el de la negociación que de ordinario va unido en el Derecho laboral a los de sindicación y huelga⁴.

Por esto, Blanco Estévez afirma que «la autonomía colectiva, aún siendo elemento constitutivo de la libertad sindical, no se subsume en ella, sino que es un plus...». Esta misma tesis es la mantenida por el Tribunal Constitucional en la STC de 27 de julio de 1982⁵, en la que se señala 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, ya que el legislador puede optar en amplio espectro, 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, a la participación en acuerdos negociados regulados por la Ley y que por regla generalizada necesitan de una norma 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.»

La verdad es que la tesis del Tribunal Constitucional no convenció a una parte de la doctrina representada, en este caso, por Ortega Álvarez⁶, quien considera indisolublemente unidos los derechos de sindicación, huelga y contratación colectiva, por entender que, después de la Constitución, ha desaparecido la posición de supremacía especial de la Administración sobre el funcionario y que, en consecuencia, las condiciones de trabajo deben determinarse partidariamente. Apoya su tesis, además, en que mantener la independencia conceptual y, sobre todo, la posibilidad de existencia del uno sin el otro, es vaciar el contenido del derecho de sindicación y convertirlo en un puro derecho de asociación profesional y, en segundo lugar, negar prácticamente, el derecho de huelga.

Esta tesis ha sido criticada, a su vez, por Blasco Estévez⁷, para quien la solución dada por el Tribunal Constitucional es correcta desde un punto de vista constitucional, sirviendo para avalar esta tesis la diferente ubicación de ambos tipos de derechos y la diferente protección que la Constitución les dispensa.

² Mauri Majos, J.: Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público, en Estatuto Básico del Empleado Público. Dir. Ortega Álvarez, L. Madrid. 2007. p. 299. Completa esta afirmación indicando que «este primer pronunciamiento se completó con la STC 80/2000, de 27 de marzo, donde se decía que de la naturaleza peculiar del derecho a la sindicación de los funcionarios públicos no podía derivarse necesariamente el derecho a la negociación colectiva, remitiéndose a la necesaria actividad del sindicato en la Administración Pública a una pluralidad de formas jurídicas que habían de ser determinadas en última instancia por el legislador del Estatuto de los funcionarios públicos...». Ob. cit. p. 299.

³ López Gandía, J.: «Las relaciones colectivas en el empleo público y la Constitución Española», en Revista de Derecho Público, p. 40, 1981; Ojeda Avilés, F. J.: «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcional», en Seminario de Relaciones Colectivas de la Función Pública, Sevilla, 1989.

⁴ De la Villa García, L. E.: «Los convenios colectivos en la Administración Pública» (sobre la experiencia posible de U.S.A.), en RAP, núm. 46, pp. 416 y ss., Madrid, 1965.

⁵ Se resuelve el recurso interpuesto por el Gobierno español contra un Decreto de 15 de julio de 1981 del Gobierno Vasco que establecía la posibilidad de que las condiciones de trabajo personal de las Corporaciones locales pudiesen ser negociadas.

⁶ Ortega Álvarez, L.: Los derechos sindicales de los funcionarios públicos, Madrid, 1982, pp. 321 y ss.

⁷ Blasco Estévez, A.: Op. cit., p. 514.

Es claro, por tanto, que como anteriormente señalábamos, la respuesta negativa al interrogante nos reconduce a la cuestión inicial: ¿tienen o no derecho a la negociación colectiva los funcionarios públicos?

La generalidad de la doctrina que ha estudiado el tema responde negativamente a la posibilidad de entender incluidos a los funcionarios públicos en el ámbito de aplicación del artículo 37 de la Constitución⁸.

Frente a esto, Ortega Álvarez⁹ entiende que desde la publicación de la Constitución Española de 1978, la teoría clásica de la relación estatutaria hay que entenderla sumamente modificada hasta el punto de negar su esencia, esto es, la determinación unilateral de las relaciones de trabajo. Desde ese punto de vista, la postura del citado autor es la de que, si no existe una exclusión expresa habrá de entender incluidos a los funcionarios entre los trabajadores a los que se les reconoce el derecho a la negociación colectiva.

Esta tesis, muy debatida en su origen, tiene el acierto de reconocer que la teoría estatutaria en su formulación clásica debe ser redefinida, entre otras y poderosas razones, por el reconocimiento a los funcionarios de los derechos sociales, sin embargo, basta ver en qué ha quedado su participación en la determinación de las condiciones de trabajo (Ley 9/1987, de 12 de mayo) para comprender que su auténtica esencia no ha sido desnaturalizada y que la negociación legalizada dista mucho de revestir caracteres idénticos a los del mundo laboral.

En esta misma línea, tampoco debe olvidarse que la teoría estatutaria en su formulación más clásica ha sufrido un espaldarazo en la STC de 11 de junio de 1987 que, precisamente, se apoya en ella, como hemos visto, para negar una serie de pretensiones funcionariales de mantenimiento de los derechos consolidados. Realiza una clara delimitación en la que se incluyen materias como las retributivas o disciplinarias, que habitualmente forman parte de la negociación colectiva.

De esta forma y aún aceptando esa redefinición, negamos que la misma tenga virtualidad suficiente para hacer desaparecer la teoría estatutaria de nuestro derecho de la Función Pública y reconocer la necesidad de que el marco de las relaciones se defina bilateralmente.

Esta misma tesis se mantiene por el Tribunal Constitucional en la STC de 27 de julio de 1982, cuando afirma: «Por todo ello es preciso asegurar que de la legislación vigente no es posible racionalmente inducir un principio básico que no sea el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las corporaciones locales y que en la actualidad la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas sólo es posible legalmente cuando se trate de personal sometido al Derecho Laboral, pero no, en cambio, en relación al personal vinculado al Derecho Administrativo, sea funcionario en cualquiera de sus modalidades —de carrera o empleo— o asimilado, por tener una relación funcional sujeta a esta última rama del Derecho, donde no está admitido tal sistema por ausencia de aceptación y regulación y por contradecir el régimen legalmente establecido».

En síntesis, la negociación colectiva de los funcionarios es parte de su Estatuto¹⁰. Su establecimiento o negación se debe realizar en la ley y en las normas que, dado el modelo

⁸Vid. Sagardoy Bengoechea, J. A.: «Las relaciones laborales en la Constitución», en Libre Empresa, núm. 8, p. 97, 1978; Alonso Olea, M.: Comentario al artículo 37.1 de la Constitución Española de 1978, tomo III, p. 607; Rodríguez Sañudo, F.: «La negociación colectiva en la Constitución Española de 1978», en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Madrid, 1980, p. 353.

⁹Ortega Álvarez, L.: Ob. cit., p. 325.

¹⁰ El Tribunal Constitucional ha declarado sobre el contenido adicional que ha de reconocerse al derecho de libertad sindical cuando normas legales atribuyen a los sindicatos derechos o facultades que se añaden a su núcleo mínimo o esencial. Tiene especial interés destacar la siguiente declaración de la sentencia 222/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 222) :

"(...) 3. Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que «el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución (RCL 1978, 2836) , al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título I (arts. 14 a 28 CE :SSTC 118/1983; de 13 de diciembre (RTC 1983, 118) , FJ 3 ; 45/1984, de 27 de marzo FJ 1 ;

de reparto competencial, correspondan¹¹. Esta función es la que cumple, primero, la Ley 9/1987, de 12 de Junio, de órganos de Representación, Determinación y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, y, ahora, el propio EBEP.

La admisión teórica del derecho en la que nos hemos situado está hoy sino en entredicho (nada ha pasado para que así sea) sí seriamente cuestionada. La crisis económica ha agudizado la fijación unilateral de las condiciones de trabajo por las Administraciones Públicas competente. La característica central es que esta reconfiguración se hace por norma con rango de ley y, por tanto, se sitúa en el marco de la cuestión más general a la que nos vamos a referir en el apartado siguiente. Es cierto, sin embargo, que la extensión y el detalle de esta regulación podría estar produciendo un vaciamiento importante del ámbito real y material de la negociación colectiva e, incluso, de la propia potestad reglamentaria frente a lo que hubiera sido natural en otros momentos históricos. Si a esto se le añade la suspensión de los acuerdos pactados o su dejación sin efecto nos encontramos realmente ante una situación, aparentemente coyuntural, pero ciertamente situada en un terreno diferente al clásico y al que se deduce del reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. De alguna forma podría concluirse esta mínima consideración sobre la base de indicar que realmente se aprecia al hilo de la crisis un repunte del alcance estatutario y de formalización unilateral de las condiciones de trabajo.¹²

98/1985, de 29 de julio, FJ 3 ; 208/1993, de 28 de junio (RTC 1993, 208) , FJ 2. Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente» (STC 80/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 80) , FJ 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando «en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio (RTC 1982, 57) , FJ 9) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) , modificada por la Ley 7/1990 (RCL 1990, 1550)) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3 b) y c) LOLS]]» (STC 80/2000, de 27 de marzo , FJ 6)".

¹¹A modo de ejemplo pueden citarse la Ley 17/1983 de la Función Pública de Cataluña; Ley 6/1985, de 28 de noviembre, de la función pública de Andalucía, o la Ley 10/1985, de 31 de junio, de Función Pública de la Comunidad Valenciana. Todas ellas reconocen el derecho a la negociación colectiva.; Terradillos Ormaetxea, E. y Martínez Gayoso, M. N.: «Retos y perspectivas de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas Vascas», en la obra colectiva La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas... Madrid, 2003; Bengoetxea Alkorta A.: «La estructura de la negociación colectiva funcional en las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma Vasca», en la obra colectiva La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas... Madrid, 2003.

¹² La STSJ de Madrid de 4 de julio de 2011 recoge la doctrina general que, precisamente, puede explicar el efecto descrito cuando señala que «... Ahora bien, con posterioridad el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el problema de si el reconocimiento del derecho de negociación colectiva de los funcionarios a nivel legal (Ley 9/1.987) permite considerarlo un derecho constitucionalizado e incluye en el de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución (RCL 1978, 2836) . Se trata de las sentencias núm. 80/2000 (RTC 2000, 80) , 224/2000 (RTC 2000, 224) (esta dictada en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de Marzo de 1996 (RJ 1996, 4568) , que está entre las citadas anteriormente) y 85/2001 (RTC 2001, 85) . En estas sentencias (citamos literalmente la primera de ellas) podemos leer una doctrina clara y concluyente sobre la cuestión: " Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de Julio (RTC 1982, 57)) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (artículo 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso de la Ley 9/1987 , modificada por la Ley 7/1990 (RCL 1990, 1505)) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva -artículo 6.3 b) y c) LOLS)-, siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical. El hecho de tratarse de un derecho, esencialmente, de configuración legal implica, entre otras cosas, según continuábamos diciendo en esa sentencia, que los funcionarios y los sindicatos titulares del mismo, así como las Administraciones Públicas en las que éste se desarrolla, no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, pues la Ley 9/1987 modificada por la Ley 7/1990 , no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los Sindicatos y de

La posición final podemos extraerla de la STC 222/2005, de 12 de septiembre (RTC 2005, 222):

"(...) 3. Este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que «el derecho de negociación colectiva no constituye de por sí y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título I (arts. 14 a 28 CE (RCL 1978, 2836): SSTC 118/1983; de 13 de diciembre (RTC 1983, 118), FJ 3 ; 45/1984, de 27 de marzo (RTC 1984, 45) FJ 1; 98/1985, de 29 de julio (RTC 1985, 98), FJ 3 ; 208/1993, de 28 de junio (RTC 1993, 208), FJ 2. Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente» (STC 80/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 80) , FJ 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando «en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio (RTC 1982, 57) , FJ 9) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE (RCL 1978, 2836)), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) , modificada por la Ley 7/1990 (RCL 1990, 1550)) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3 b) y c) LOLS (RCL 1985, 1980)]» (STC 80/2000, de 27 de marzo (RTC 2000, 80), FJ 6)".

El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de examinar la distinta posición de los trabajadores y de los funcionarios en el marco de la Constitución (RCL 1978, 2836) , y en orden a la aplicación a unos y otros del artículo 37.1 de la misma, en sus Sentencias 98/85 (RTC 1985, 98), y,57/82 (RTC 1982, 57) , manifestando al respecto que "... la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones públicas sólo es posible legalmente cuando se trate de personal sometido a Derecho laboral, pero no, en cualquiera de sus modalidades -de carrera o de empleo- o asimilados por tener una relación funcional sometida a esta última rama del Derecho, donde no está admitido tal sistema por ausencia de aceptación y regulación y por contradecir el régimen legalmente establecido "; y que "... aparece una tendencia, favorable a propiciar la intervención representativa de los funcionarios públicos en la determinación de la prestación de servicios o de condiciones de empleo como mera participación en el sistema de consulta o información, sin vinculación alguna para los poderes públicos, que no alteran ni podían hacerlo el significado y alcance que tiene la regulación de la función pública y que no suponen una verdadera negociación colectiva para esa función pública estatal o para la función pública local, tal y como está prevista en el artículo 37.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) y regulada en el Título III del Estatuto de los Trabajadores de 10 Marzo 1980 (RCL 1980, 607) , como facultad de concertar convenios entre los trabajadores y los empresarios sobre la regulación de condiciones de empleo, con fuerza vinculante de lo acordado en tales instrumentos ".

En esta misma Sentencia se proclama que " Del derecho de sindicación de los funcionarios públicos no deriva como consecuencia necesaria la negociación colectiva, y menos todavía con efectos vinculantes ..." y que "... tampoco surge el derecho de negociación colectiva de las condiciones de empleo, de la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la Constitución y desde la perspectiva del derecho de sindicación... toda vez que prueba lo contrario el expreso contenido de los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836) 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, alcance y

las Administraciones Públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de esta y las líneas generales de procedimiento"...>>.

ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiéndolas a regulaciones diferenciadas ...".

1.2.- Régimen Jurídico de la negociación colectiva en el EBEP

A) Consideración general.

El artículo 31 del EBEP contiene unos denominados principios generales. El primero de ellos se limita a indicar que «...1. Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo...» De esta forma el capítulo contiene tres conceptos que son perfectamente diferenciables:

a) Negociación. Se entiende por tal el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública. Respecto de la definición del papel que corresponde al EBEP en esta materia y de su alcance señala Mauri que «a partir de aquí consideramos el derecho a la negociación colectiva en la función pública como un derecho constitucional amparado en la libertad sindical que padece una intensa configuración legal que puede llegar a determinar los órganos de negociación, su objeto y las líneas generales del procedimiento negocial...»¹³.

b) Representación. Se entiende la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las Administraciones Públicas y sus empleados¹⁴. La representación se articuló a través de los órganos de representación que se enuncian y regulan en los artículos 39 y siguientes (delegados de personal y junta de personal) con las competencias que le atribuye el artículo 40 del EBEP.

c) Por participación institucional, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a participar, a través de las organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine. Teniendo en cuenta esta determinación su desarrollo no puede realizarse con carácter general sino que realmente lo que sugiere la propia redacción es la concreción en el ámbito de las regulaciones específicas de cada fenómeno de participación.

Con carácter general podemos indicar, con Sala Franco, que «a la vista de la normativa anterior, básicamente insuficiente por sumaria y ambigua y teniendo en cuenta la experiencia de la negociación colectiva del personal funcionarial en estos últimos años, era posible constatar una serie de carencias y disfuncionalidades en la misma:

a) En primer lugar, dificultades en el proceso negociador y ausencia de negociación colectiva en muchas Administraciones Públicas.

b) En segundo lugar, silencio legal sobre la composición y constitución de las Mesas de Negociación.

c) En tercer lugar, una escasa coordinación entre las Administraciones Públicas negociadoras y una deficiente articulación negocial.

d) En cuarto lugar, una importante confusión en cuanto a las materias de posible negociación para los pactos y acuerdos colectivos.

e) En quinto lugar, la ausencia de regulación de aspectos importantes del procedimiento de negociación, obligando al intérprete a hacer una arriesgada labor de integración de las normas para cubrir las lagunas.

¹³ Mauri Majos, J.: Ob. cit., p. 377. En apoyo de esta tesis cita, expresamente, la STC 80/2000, de 27 de marzo. Al tema, con carácter general, Martínez Campos, M. N.: El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución. Bilbao, 2002.

¹⁴ El apartado 8 establece que «...8. Los procedimientos para determinar condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas tendrán en cuenta las previsiones establecidas en los convenios y acuerdos de carácter internacional ratificados por España.

f) En sexto lugar, un inseguridad jurídica grande acerca de la eficacia jurídica de los distintos tipos de pactos y acuerdos colectivos.

g) En séptimo lugar, la total ausencia de regulación de la vigencia temporal de los pactos y acuerdos colectivos.

h) Finalmente, una praxis de facto de una negociación colectiva conjunta de personal funcionario y laboral sistemáticamente declarada ilegal por la jurisprudencia de los tribunales, por falta de cobertura legal suficiente...»¹⁵.

Sobre la base de este análisis que demuestra la experiencia práctica sobre la negociación colectiva nos corresponde examinar, seguidamente, la regulación que se contiene en el EBEP para determinar si finalmente la nueva regulación supera o no las observaciones que se venían haciendo sobre la regulación anterior y que han sido sistematizadas en el comentario de Sala Franco.

Al margen de las consideraciones generales sobre el modelo debemos indicar que una de las novedades del EBEP es la inclusión de un conjunto de principios generales a los que debe someterse la negociación colectiva. Es el artículo 33 del mismo el que contiene aquellos que se identifican con los siguientes: sujeción a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria¹⁶, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia.

B) Reglas comunes del procedimiento negocial.

Una de las características más notables del EBEP es, sin duda, la de haber regulado un procedimiento negocial que determina el ejercicio de esta competencia. Veamos algunas de sus características más importantes.

a) Proceso de negociación y actuación de las partes.

El EBEP prevé el artículo 34 que «...6. El proceso de negociación se abrirá, en cada Mesa, en la fecha que, de común acuerdo, fijen la Administración correspondiente y la mayoría de la representación sindical. A falta de acuerdo, el proceso se iniciará en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan...».

Y, finalmente, una prescripción consustancial a la propia negociación según la cual «...7. Ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación...». Sobre este punto señala Sala Franco que «aunque no se explicita más, parece evidente que ello implica, entre otras cosas, que solamente será posible rechazar la iniciativa de negociar de una de las partes por causa legalmente prevista o por razones de interés público suficientemente motivadas, pudiendo existir un control judicial posterior si se impugnase la norma dictada con incumplimiento de la obligación de negociar de buena fe...»¹⁷.

b) Constitución y composición de las Mesas de Negociación.¹⁸

¹⁵ Sala Franco, T.: Ob. cit., p. 303.

¹⁶ Sobre el tema puede verse el trabajo de Picó Lorenzo, C.: «Las limitaciones presupuestarias como límite a la negociación colectiva», en La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto del empleado público. Manuales de formación continuada del CGPJ, núm. 41. Dir. Ruano Rodríguez, L. Madrid, 2007.

¹⁷ Sala Franco, T.: Ob. cit., p. 310. Sánchez Torres, E.: El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva. Madrid, 1999.

¹⁸ En relación con las subvenciones ligadas a la participación en estos órganos, la SAN de 24 de junio de 2011 establece que «... De lo hasta aquí expuesto se deduce que el criterio de mayor representatividad ligado a la acción de la negociación colectiva, en la dimensión que hemos analizado, justifican la válida diferenciación establecido en la Orden toda vez que el objeto de la subvención es sufragar los gastos de las organizaciones sindicales relativos a la realización de las actividades que están relacionadas con el ejercicio de funciones que se deriven de su presencia en las citadas mesas de negociación, establecidas en una norma con rango de Ley, situación diferente a las analizadas en la sentencia del Tribunal Supremo a que hemos hecho referencia...»

El artículo 35 del EBEP establece un principio general conforme al cual «...1. Las Mesas a que se refiere el artículo anterior quedarán válidamente constituidas cuando, además de la representación de la Administración correspondiente, y sin perjuicio del derecho de todas las Organizaciones Sindicales legitimadas a participar en ellas en proporción a su representatividad, tales organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate...»¹⁹. Sobre el tema indica Sala Franco que «esta exigencia legal puede provocar, en sentido contrario lo que ya sucede en el sector privado, que no sea posible la válida constitución de una determinada Mesa de Negociación por distintas causas (ausencia de elecciones, representantes unitarios con la consiguiente falta del parámetro necesario para elegidos en candidaturas independientes o autoexclusión de determinados sindicatos). Solo que, a diferencia de lo que sucede en el sector privado, en el sector público no se admite más negociación colectiva que la prevista en el EBEP...»²⁰.

La designación de los componentes de las Mesas corresponderá a las partes negociadoras que podrán contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán con voz, pero sin voto.

Por lo que se refiere a la composición real de las Mesas el apartado 4 del artículo 35 establece que «...En las normas de desarrollo del presente Estatuto se establecerá la composición numérica de las Mesas correspondientes a sus ámbitos, sin que ninguna de las partes pueda superar el número de quince miembros...».

C) Materias incluidas en el ámbito de la negociación colectiva

El artículo 37 del EBEP se refiere a las mismas en los siguientes términos:

- a) La aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas²¹.
- b) La determinación y aplicación de las retribuciones complementarias de los funcionarios.
- c) Las normas que fijen los criterios generales en materia de acceso, carrera, provisión, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, y planes e instrumentos de planificación de recursos humanos.
- d) Las normas que fijen los criterios y mecanismos generales en materia de evaluación del desempeño.
- e) Los planes de Previsión Social Complementaria.
- f) Los criterios generales de los planes y fondos para la formación y la promoción interna.
- g) Los criterios generales para la determinación de prestaciones sociales y pensiones de clases pasivas.
- h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación.
- i) Los criterios generales de acción social.
- j) Las que así se establezcan en la normativa de prevención de riesgos laborales.
- k) Las que afecten a las condiciones de trabajo y a las retribuciones de los funcionarios, cuya regulación exija norma con rango de Ley.
- l) Los criterios generales sobre ofertas de empleo público.²²

¹⁹ Esta prescripción se completa indicando que «...2. Las variaciones en la representatividad sindical, a efectos de modificación en la composición de las Mesas de Negociación, serán acreditadas por las Organizaciones Sindicales interesadas, mediante el correspondiente certificado de la Oficina Pública de Registro competente, cada dos años a partir de la fecha inicial de constitución de las citadas Mesas...».

²⁰ Sala Franco, T.: Ob. cit., p. 306.

²¹ En relación con el establecimiento de topes máximos aplicables al conjunto de los empleados públicos puede verse la STC 63/1986; 186/1988 y 152/1988.

²² Véase la STSJ de Madrid de 22 de noviembre de 2010 cuando señala que «<<... En conclusión, conforme al tenor literal del artículo 32.c de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, se exige la

m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos.

Como balance general de esta regulación indica Mauri que «una de las principales novedades en materia de negociación colectiva en el nuevo EBEP consiste en la mejor determinación del ámbito objetivo de la negociación, suprimiendo las materias que han de ser negociadas de forma genérica en beneficio de las materias que pretenden enunciarse de una forma precisa...»²³.

Desde la perspectiva que aquí se analiza, el apartado k) incluye entre las materias la que se contiene en el párrafo k) que se refiere al calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos que son, precisamente, las que se incluyen en este ámbito.

2.- La definición de la jornada con carácter general

A) Introducción.

La relación jurídica de empleo público se caracteriza por conllevar un conjunto de derechos y obligaciones que se determinan por la Administración a través de una norma que históricamente se definía unilateralmente por ésta y que, en el momento actual, tiene algún componente de bilateralidad en tanto una parte de aquel régimen jurídico se plasma en algún tipo de acuerdos generales fruto de la negociación colectiva. Sobre el tema señala Sánchez Morón, a modo de introducción, que «como tal la ley le reconoce derechos similares a los que tiene cualquier trabajador en su empresa. Sucede, sin embargo, debido a la formación separada del régimen de la función pública y del derecho del trabajo que los derechos de esta naturaleza tienen una regulación parcialmente distinta en la legislación de funcionarios y en el Estatuto de los Trabajadores...»²⁴. El tiempo de trabajo es, claramente, uno de los elementos centrales de esta regulación ya que ocupa dentro del estatuto un papel poliédrico que sirve para la concreción temporal de la función y para la determinación de las exigencias de cumplimiento de la misma que conforman el régimen sancionador.

Desde una perspectiva conceptual podemos, siguiendo a Olmedo Gaya indicar que el tiempo de trabajo se sitúa en el marco de los derechos no económicos. Indica la citada autora que «esta categoría de derecho...comprende los derechos funcionales, laborales y sociales...»²⁵. No cabe negar, eso sí, que algunos elementos de la jornada acaban teniendo

negociación colectiva en relación con la preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público, y hoy con la dicción del artículo 37.1.c de la [Ley 7/2007, de 12 de abril \(RCL 2007, 768 \)](#) , del Estatuto Básico del Empleado Público, que la impone respecto a los planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, uno de los cuales es la oferta de empleo público, con arreglo al artículo 70 de dicha Ley 7/2007. Tal exigencia se deriva asimismo de la disposición adicional 7ª del [Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo \(RCL 1995, 1133 \)](#) , por el que se aprueba el Reglamento general de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, según la cual "La oferta de empleo público, los planes de recursos humanos y los sistemas y el diseño de los procesos de ingreso, promoción y provisión de puestos de trabajo serán objeto de negociación con las organizaciones sindicales en los términos de la Ley 9/1987 ".

Las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de mayo y 9 de junio de 2.008 ([RJ 2008, 6348](#)) resaltan asimismo la necesidad de aquella negociación colectiva previamente a la aprobación de la oferta de empleo público. La oferta de empleo público es el documento mediante del que cada Administración hace pública la relación de plazas vacantes que pretende cubrir durante un ejercicio presupuestario a través de procedimientos de selección de personal, estableciéndose en el artículo 18.4 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto , de medidas para la reforma de la función pública, de carácter básico y vigente a la sazón, que son objeto de la citada oferta de empleo público las necesidades de recursos humanos con asignación presupuestaria que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes...>>

²³Mauri Majos, J.: La negociación... Ob. cit. p. 413.

²⁴Sánchez Morón. M.; Derecho de la función Pública. 4.ª ed. Madrid, 2004. Esta convergencia se analiza con mayor detalle en el libro de Rodríguez Ramos, M. J.: El Estatuto de los funcionarios Públicos. Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores. Granada, 1997.

²⁵Olmedo Gaya, A.: «Derechos de contenido funcional, laboral y social», en Lecciones de Función Pública. DIR. Castillo Blanco, F. Granada, 2003, p. 267.

un influjo en el orden económico (reducción de jornada, deducciones, etc...) pero su conceptualización, en pura teoría está al margen de aquella condición.

En el presente supuesto lo que se trata de analizar es el alcance temporal²⁶ de la relación de servicios que supone el empleo público para lo cual tenemos que analizar por separado la regulación que afecta a los funcionarios públicos de la que afecta a los trabajadores de la Administración. Como característica diferencial podemos recordar, en línea con lo que indica Manzana Laguarda, que la nueva regulación aborda la determinación temporal de una forma expresa frente a lo que ocurría hasta el momento en que la tal determinación expresa no aparecía «... tan solo, en su inicial, redacción, la sanción disciplinaria de las faltas de puntualidad y asistencia, contemplada en su artículo 31.2., derogado posteriormente por el artículo 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992. La proyección disciplinaria de los incumplimientos en materia de jornada y horarios se contiene hoy en el RRD...»²⁷.

En todo caso debe indicarse que la intención del EBEP²⁸ es establecer un marco común en la regulación de los derechos de los funcionarios y el personal laboral ya que aunque formalmente los presenta como separados y específicos basta con analizar la regulación laboral para comprender que el legislador ha buscado el efecto homogeneizador indicando que para el personal laboral también es aplicable el régimen previsto con carácter general para los funcionarios públicos.

a) Funcionarios Públicos.

Con vocación de síntesis podemos señalar que el EBEP trata, aparentemente, de establecer una regulación nítidamente diferenciada entre los derechos-deberes de los funcionarios públicos y los de los trabajadores probablemente por la inercia de la asimetría de los títulos competenciales sobre los que se asienta aquel. Pero, como inmediatamente, se verá este efecto es más virtual que real ya que en la regulación laboral se ha buscado, como señalaba, un marco homogeneizador que rompe la diferencia material entre ambas regulaciones.

- Jornada.²⁹

a) Consideraciones generales

Los artículos 47 y siguientes del EBEP concretan el contenido obligatorio de carácter temporal que corresponde al empleado público y que denominamos convencionalmente como jornada laboral.

Respecto de la jornada laboral el EBEP se limita a recordar la competencia de las distintas Administraciones Públicas llamadas a desarrollar el mismo para la fijación de una jornada general y de jornadas especiales. Finalmente y como única indicación y novedad es necesario recordar que el artículo 47 admite la existencia de trabajo a tiempo parcial. De esta forma nos encontramos ante un elemento de indefinición real que permite a cada Administración la determinación del contenido concreto de la Jornada.

La regulación contenida en el precepto no indica cual es la fórmula concreta en la fijación de la Jornada aunque el artículo 37. 1 del EBEP se refiere explícitamente al enumerar las materias objeto de negociación que se incluye dentro de las mismas «... m) Las referidas a calendario laboral, horarios, jornadas, vacaciones, permisos, movilidad funcional y geográfica, así como los criterios generales sobre la planificación estratégica de los recursos

²⁶ Arroyo Yanes, J. M.: La ordenación del tiempo de trabajo en la Administración Pública. Sevilla, 2000.

²⁷ Manzana Laguarda, R.: Derechos y Deberes del funcionario público. Valencia, 2006, p. 462. En relación con los aspectos disciplinarios puede verse el libro de Martínez Fagúndez, C.: Régimen disciplinario de los funcionarios. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Madrid, 2006.

²⁸ Expresamente reconocida en la Instrucción de la Secretaria General de la Administración Pública de 5 de junio de 2007.

²⁹ Las regulaciones esenciales dentro de la Administración General del Estado se contenían en la Instrucción de 21 de diciembre de 1993, de la Secretaria de Estado para la Administración Públicas que se mantuvo en vigor hasta la publicación de la de 20 de diciembre de 2005, de la Secretaria General para la Administración Pública.

humanos, en aquellos aspectos que afecten a condiciones de trabajo de los empleados públicos...». Renace en el ámbito de las materias objeto de negociación el concepto legal previo que, sin embargo, ha desaparecido como tal en el EBEP. Nos referimos, claro está, al concepto calendario laboral contemplado en la regulación precedente de la función pública estatal y que debía contener el horario diario y semanal, así como la distribución anual de la jornada³⁰.

Si cabe indicar, en todo caso, que las facultades de las respectivas Administraciones Públicas no pueden considerarse ni ilimitadas. Recuérdese en este punto que la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, que sustituye la conocida Directiva CE 93/104, contiene una prescripción de habilitar un tiempo de descanso de 11 horas ininterrumpidas de descanso³¹. Dicha Directiva según su artículo 1.3.se «...aplicará a todos los sectores de actividad privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE...»³².

El artículo 5 de la Directiva citada sobre el descanso semanal indica que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten, por

³⁰ La Instrucción de 5 de junio de 2007 de la Secretaria General de la Administración Pública declara vigentes con carácter transitorio los calendarios aprobados antes de 2007.

³¹ La Directiva se inspira en el artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, parte integrante del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa («todo trabajador tiene derecho a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales,...»). Asimismo, debe respetarse el principio general de tiempo de trabajo como un derecho social fundamental vinculante para los Estados miembros de la Unión Europea.

³² En relación con la Directiva, los diversos Tribunales han ido estableciendo una doctrina que podemos resumir en la siguiente forma:

— Ámbito de aplicación: Sentencia Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas Luxemburgo (Gran Sala), de 5 octubre 2004 Pfeiffer. Cuestión prejudicial. Asuntos C-397/2001, C-398/2001, C-399/2001, C-400/2001, C-401/2001, C-402/2001 C-403/2001 (acum.). TJCE 2004\272:

«En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1.º a) Los artículos 2 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, y 1, apartado 3, de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que la actividad de los socorristas, realizada en el marco de un servicio de asistencia médica urgente como el controvertido en el litigio principal, está comprendida en el ámbito de aplicación de las citadas Directivas».

Campo de aplicación de la Directiva, inclusión del personal médico: STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2005.

«SEGUNDO.—Esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha establecido ya doctrina jurisprudencial unificada sobre la inclusión de los médicos de la Seguridad Social en el campo de aplicación de la Directiva comunitaria 93/104 (modificada por la Directiva 2000/34), relativa a la ordenación del tiempo de trabajo, y sobre la calificación y régimen normativo de las guardias localizadas en las que se prestan servicios efectivos.

Respecto de la aplicación de la Directiva comunitaria 93/104, las sentencias de 4 de octubre de 2001 (RJ 2002/1420), 1 de abril de 2002 (RJ 2002/6002), 12 de noviembre de 2002, etc..., siguiendo la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000/234)(asunto SIMAP), que dicha disposición impone con carácter general una jornada máxima de trabajo para los médicos y personal facultativo de la Seguridad Social española. A la misma conclusión han llegado las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/3805) sobre aplicación del tope máximo del tiempo de trabajo a los médicos residentes, y la sentencia de 12 de julio de 2004 (RJ 2004/5945), sobre calificación como horas extraordinarias de las que excedan de la «jornada anual» de trabajo del sector».

—Aplicación directa de la Directiva, personal incluido: STSJ de Cantabria de 25 de enero de 2005, AS 2005/18.

«A la doctrina citada en la sentencia de instancia, cabe añadir la posterior contenida, entre otras, de esta Sala en la de fecha 24 de marzo de 2004 (AS 2004/1059) y las que en ella se citan, dictadas con posterioridad a la vigencia del Estatuto Marco, en las que se reitera que es de aplicación al personal estatutario que presta servicios en la sanidad pública, lo establecido en la Directiva europea 93/104/CEE, declaración que alcanza a toda modalidad de personal, como el funcionario que realice, como el actor, el mismo servicio en igualdad de condiciones que el personal estatutario en el centro de salud correspondiente, aún no integrado formalmente en dicho equipo, al incluirse en el término «trabajador» para el derecho comunitario, que se deduce del artículo 3.a) de la Directiva 89/391/CEE de la que la anteriormente citada, es desarrollo. Los derechos en ella reconocidos «no pueden ser limitados por disposiciones de derecho interno», siendo la normativa comunitaria aplicable directamente si no ha sido incorporada o lo hace sin ajustarse al texto básico».

cada periodo de seis días, de un periodo mínimo de descanso ininterrumpido de 24 horas a las que se añadirán las 11 de descanso semanal diario establecido en el artículo 3...»³³.

³³ Sobre este extremo la jurisprudencia es, también, ciertamente clarificadora y podemos resumirla en la siguiente forma:

Descanso diario y excepciones: STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2005.

«En lo que concierne al «descanso diario», el art. 3 de la Directiva 93/104 ordena lo siguiente: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores disfruten de un período mínimo de once horas consecutivas en el curso de cada período de veinticuatro horas». Nos encontramos, por tanto, ante un precepto que debe ser también aplicado a los médicos de la Seguridad Social.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en virtud del art. 17.2.1.i. de la propia norma comunitaria los Estados miembros pueden establecer excepciones a la regla anterior para los «servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares, instituciones residenciales, y prisiones», a cambio de «períodos equivalentes de descanso compensatorio» o, si ello no es posible «por razones objetivas», de «una protección equivalente a los trabajadores de que se trate». Este régimen de excepciones y «descansos alternativos «se ha establecido entre nosotros en la Ley 55/2003 (artículos 51, 54 y 59), que contiene el Estatuto marco del personal sanitario de los servicios de Salud, que no es de aplicación al caso por razones cronológicas.

TERCERO.— Queda por ver si el descanso diario al que se refiere el presente litigio es de aplicación en las guardias localizadas con prestación de servicios. Sobre este particular hemos de tener en cuenta el criterio establecido en nuestra jurisprudencia (STS 12-7-99 —RJ 1999/6447— y STS 18-2-00 —RJ 2000/2051—), que primero distingue entre guardias de presencia y guardias de localización, y separa luego dentro de éstas las guardias localizadas sin llamada o con llamada al trabajo, equiparando éstas últimas a las guardias de presencia. Partiendo del planteamiento anterior, la respuesta a la pregunta sobre la aplicación del descanso diario previsto en el art. 3 de la Directiva 93/104 ha de ser afirmativa para los supuestos, como el del caso, de guardias localizadas en las que los médicos que se encuentran en disposición de prestar servicios son llamados efectivamente al trabajo, mientras que la respuesta sería negativa en el supuesto contrario».

Guardia localizada, trabajo efectivo y cómputo: STS de 31 de octubre de 2001: respecto a una empresa pública de emergencias sanitarias, determina que, en aplicación de la Directiva 93/104/CE, las horas trabajadas en guardias localizadas desde que se produce su activación, en guardias asistenciales o en dispositivos de riesgo previsible, son trabajo efectivo a efectos del cómputo de la jornada anual.

Descanso y duración máxima del tiempo trabajado. Jurisprudencia constitucional: STSJ de La Rioja de 30 abril de 1993, AS 1993\1905.

Directiva comunitaria, excepciones: STSJ del Principado de Asturias, Sala de lo Social, n.º 350/2002, de fecha 8-2-2002, en el recurso 814/2001.

Descanso tras guardia en sábado: STSJ de Andalucía, Sevilla, de 8 de febrero de 1994, AS 1994\699.

Guardias localizadas, con y sin prestación efectiva de servicios, descansos compensatorios, retribuciones: Sentencia Tribunal Superior de Justicia núm. 559/2003 Madrid (Sala de lo Social, Sección 1.ª), de 23 julio, AS 2003\3704.

«Postular que se conceda un día de descanso por cada semana de guardia localizada que se tenga asignada, aunque no haya llegado a producirse la prestación efectiva de servicios, equivale a ignorar que, de no darse tal prestación, la doctrina es unánime al concluir que tales guardias —de localización— no constituyen jornada de trabajo. Por tanto, mal puede pedirse un descanso que no tiende a compensar ningún exceso. Así lo ha venido entendiendo con reiteración la doctrina jurisprudencial, de la que, como exponente, cabe citar la Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1999 (RJ 1999\7874), recaída en función unificadora y que cita otras muchas anteriores, según la cual: «Es de recordar, cómo esta Sala ha mantenido tradicionalmente esta distinción tanto para resolver problemas de jornada (STS de 20 de febrero de 1992 [RJ 1992\1044], STS de 9 de junio de 1992 [RJ 1992\4552], STS de 30 de junio de 1994 [RJ 1994\9713] o STS de 24 de junio de 1996 [RJ 1996\5299]), como problemas de salarios (STS de 7 de febrero de 1994 [RJ 1994\806], STS de 11 de marzo de 1994 [RJ 1994\2289], STS de 24 de junio de 1994 [RJ 1994\5483], STS de 7 de octubre de 1994 [RJ 1994\7754] o STS de 22 de diciembre de 1995 [RJ 1995\9491]). En todas estas sentencias se ha mantenido el criterio de que las horas de guardia localizada, salvo que se demuestre en cada caso lo contrario, no son horas de trabajo que den derecho a mayor retribución que la específicamente prevista para ellas, ni a descanso compensatorio». En igual sentido, la Sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal de 4 de octubre de 2001 (RJ 2002\1420), conforme a la cual: «En lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de autorización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria». En suma, el simple hecho de atender el servicio correspondiente a la semana —de cada cinco— de guardia localizada si no se trabaja realmente, en modo alguno puede generar derecho a descansar un día completo cada módulo semanal de guardia. Así lo tiene entendido también el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000\234), dictada con motivo de cuestión prejudicial promovida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que, si bien relativa a facultativos de Equipos de Atención Primaria, resulta extrapolable sin la menor duda al caso enjuiciado, cuando pone de relieve, entre otros pronunciamientos, que: «Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria»... Por tanto, el derecho a descanso compensatorio no depende en estos casos del mero dato de haber prestado servicios efectivos algún o algunos de los días de las semanas de guardia en régimen de

De esta forma podemos indicar que la aparente libertad en la fijación encuentra algunos límites unos de carácter sustantivo y otros de carácter procedimental. Conforme a la primera, el límite de la regulación que deben realizar cada una de las Administraciones será el que se establece en la Directiva de la que debe recordarse, a su vez, que conforme a lo que dispone en su artículo 15 opera con el carácter y condición de norma mínima. Así lo expresa el citado artículo cuando señala que «la presente Directiva se entenderá sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de aplicar o establecer disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables a la protección de la seguridad social y la salud de los trabajadores o de favorecer o permitir la aplicación de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales más favorables a la protección de la seguridad y salud de los trabajadores...».

Por su parte y en el orden procedimental, podemos indicar que el contenido del calendario laboral y a las condiciones de horarios serán fijadas, en el marco de la negociación colectiva cuya regulación trasciende del propósito de este apartado y es analizado en el correspondiente a la misma.

Desde una perspectiva referida al incumplimiento podemos indicar que la remisión que el régimen disciplinario incluye en la regulación de las infracciones muy graves el reproche de mayor alcance cuando incluye dentro de las mismas «... c) El abandono del servicio, así como no hacerse cargo voluntariamente de las tareas o funciones que tienen encomendadas...». El resto de las conductas que puedan suponer un reproche en el cumplimiento de la jornada resultan remitidas a la regulación que establezca la correspondiente legislación autonómica. No obstante esta remisión sí debe tenerse en cuenta que el artículo 30 del EBEP se refiere, en la tradición que forma parte de nuestro Ordenamiento desde 1992 a la «deducción de retribuciones» cuando señala que «...1. Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador...».

localización, sino de la incidencia que en la jornada ordinaria máxima de trabajo —semanal o anual— haya podido tener el tiempo real en que se mantuvo la citada prestación, jornada que en el supuesto enjuiciado no consta fuera rebasada según pone de manifiesto el hecho probado segundo de la sentencia combatida en lo relativo a su duración anual, sin que de la semanal se especifique nada en la demanda. Lo que de ningún modo cabe admitir es que por haber trabajado unas horas —que, además, no figuran debidamente determinadas— durante el servicio de guardia localizada, se genere, amén del módulo retributivo de 85.000 pesetas, derecho a librar veinticuatro horas como compensación, que, a la postre, es lo que propugnan los recurrentes, de lo que nada prevé la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993\4042) del Consejo. El trabajo efectivo durante algún o algunos días de la semana de guardia localizada conllevará sin duda, según la duración y el horario de la prestación de servicios desempeñada en cada caso, una eventual inobservancia de lo preceptuado en los artículos 3, 5 y 6 de la citada norma derivada en cuanto a tiempo mínimo de descanso diario y semanal, y duración máxima del tiempo de trabajo semanal, mas de ello nunca podrá traer causa el derecho que se actúa a percibir otra retribución compensatoria que no sea la fijada por tal concepto como complemento de atención continuada.

DECIMOTERCERO.—Así se pronunció en su día la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en sentencia de 5 de febrero de 2001, dictada en proceso de conflicto colectivo relativo al personal facultativo de atención especializada que presta servicios en hospitales y centros de especialidades dependientes de la Consejería de Sanidad de la Generalidad Valenciana, criterio que la Sala Cuarta del Tribunal Supremo confirmó en la suya de 1 de abril de 2002 (RJ 2002\6002).

Sienta la citada sentencia de suplicación que: «Por el contrario, la segunda petición relativa a que se consideren como horas extraordinarias voluntarias todas aquellas que superen los límites de la jornada citada no puede estimarse sobre la base de las siguientes consideraciones: según la reiterada Sentencia de 3 de octubre de 2000 (TJCE 2000\234) del Tribunal de Justicia europeo: A) la Directiva 93/104/CE (LCEur 1993\4042) no define el concepto de hora extraordinaria, que únicamente se menciona en el artículo 6, relativo a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal, sin embargo, la incluye dentro del concepto de tiempo de trabajo en el sentido de dicha Directiva, es decir, no distingue según que dicho tiempo se preste o no dentro de las horas de trabajo normales (... C) a mayor abundamiento, ello no impide que si se realiza una jornada superior deba retribuirse; sin embargo, de la Directiva comunitaria no derivan conceptos retributivos sino únicamente conceptos relacionados con el tiempo de trabajo, por lo que los excesos deberán retribuirse según la normativa interna y como indica la jurisprudencia consolidada —por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1997 (RJ 1997\8613)— el personal estatutario en su regulación sobre retribución no tiene previsto el concepto de horas extraordinarias sino el de complemento de atención continuada, así pues, únicamente a través de este último concepto serían retribuíbles, en su caso, los excesos de jornada. En definitiva, las peticiones que venimos comentando carecen de apoyo en la normativa comunitaria traída a colación por los recurrentes».

En consecuencia, la sanción disciplinaria queda remitida a la legislación de las Comunidades Autónomas —salvo en el supuesto que pueda considerarse abandono de servicio— pero se habilita a las respectivas Administraciones a la deducción de las retribuciones por la jornada no cumplida.

B) Consideraciones específicas

La Instrucción de 5 de junio de 2007 de la Secretaría General de Administración Pública incluye la totalidad del Capítulo V del Título III dentro las materias que, en el juego de la Disposición Derogatoria y de la Disposición Final Cuarta, deben considerarse como directamente aplicables lo que determina la atribución competencial a favor de las Administraciones Territoriales a las que alude el artículo 47 del EBEP.

Por su parte y en relación con el régimen disciplinario, la citada Instrucción declara de aplicación el Título VII del EBEP para el personal funcionario y laboral aunque dicha regulación que conduciría al vacío por la remisión que el mismo hace en la regulación y establecimiento de las infracciones graves y leves, declara en vigor el Reglamento Disciplinario de 1986 en lo que no se oponga al citado Título VII del EBEP.

En todo caso y hasta que el esquema de Jornada descrito alcance su virtualidad habrá que entender aplicable la Orden APU/3902/2005, de 15 diciembre 2005 (RCL 2005\2440) publicada en el BOE 16 diciembre 2005, núm. 300/2005 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación por el que se establecen medidas retributivas y para la mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos.

Dicho Acuerdo se suscribe con fecha 7 de diciembre de 2005 entre la Administración del Estado y las Organizaciones Sindicales UGT, CSI-CSIF y SAP sobre medidas retributivas y mejora de las condiciones de trabajo y la profesionalización de los empleados públicos.

El Acuerdo alcanzado en la Mesa General de Negociación se estructura en cinco puntos en los que, además de hacer referencia al destino de los fondos adicionales para la Administración General del Estado correspondientes a 2006, a las indemnizaciones por razón de servicio y a la distribución de la jornada, se incluyen medidas para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, así como otras dirigidas a la protección integral contra la violencia de género. Se pretende así la implantación en el ámbito de la Administración General del Estado de una serie de medidas que facilitarán la consecución de una mejora de los servicios públicos prestados a los ciudadanos mediante la profesionalización de los empleados públicos mejorando sus condiciones de trabajo y la productividad.

Para la consecución de estos objetivos se destina para la Administración General del Estado, una cantidad equivalente al 0,8% de la masa salarial distribuida entre un 0,5% para el Plan de Pensiones regulado en la Ley de Presupuestos y un 0,3% que, mediante negociación, retribuirá la mejora de resultados y la productividad. Este porcentaje es complementario al Acuerdo retributivo alcanzado el 28 de julio pasado de un incremento del 3,1% para el conjunto de los empleados públicos, con lo que la subida que corresponde en el 2006 para los empleados de la AGE se sitúa en el 3,9%.

Asimismo, y dentro del «Plan Concilia» impulsado desde este Departamento, resulta especialmente destacable por su trascendencia y carácter innovador en el campo de las relaciones laborales las medidas relacionadas con la conciliación de la vida familiar y laboral y la igualdad de género que, recogidas en los 16 puntos del apartado cuarto del Acuerdo, vienen a incluir medidas que permiten hacer efectiva la conciliación de las responsabilidades profesionales con la vida personal y familiar, al tiempo que se colabora en la construcción y consolidación de una cultura de corresponsabilidad entre ambos sexos. En este relevante capítulo tanto la Administración como los Sindicatos firmantes han convenido que es de la mayor importancia no sólo hacer posible y potenciar el cuidado de los hijos, sin discriminación de género, o en el caso de familias monoparentales, sino así mismo el cuidado de personas dependientes de la unidad familiar y la especial mención a las

situaciones de protección y atención que requieren las personas discapacitadas a cargo de empleados públicos.

Es en este marco en el que se sitúa el reconocimiento del derecho paternal a disfrutar de 10 días de permiso por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo, la flexibilización de una parte del horario de trabajo, permitiendo la finalización de la jornada a las 18 horas, o la posibilidad de sustituir el permiso de lactancia por un permiso que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.

En este esquema podemos referirnos al siguiente esquema de distribución de jornada. De acuerdo con lo establecido en la Resolución de 10 de marzo de 2003 (RCL 2003\704) en lo que se refiere a la duración máxima de la jornada, con carácter general, la distribución de ésta, se realizará según una de estas dos modalidades:

Horario de mañana: El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 9.00 a 14.30 horas de lunes a viernes. El tiempo restante hasta completar la jornada semanal se realizará, en horario flexible, entre las 7.30 y las 9.00 de lunes a viernes y entre las 14.30 y las 18.00, de lunes a jueves, así como entre las 14.30 y las 15.30 horas los viernes.

Horario de mañana y tarde: El horario fijo de presencia en el puesto de trabajo será de 9.00 a 17 horas, de lunes a jueves, con una interrupción mínima de una hora para la comida, y de 9.00 a 14.30 los viernes, sin perjuicio del horario aplicable al personal destinado en oficinas de apertura ininterrumpida al público que cuenta con regulación especial. El resto de la jornada, hasta completar las treinta y siete horas y media o las cuarenta horas semanales, según el régimen de dedicación, se realizará en horario flexible entre las 7.30 y las 9.00 horas y entre las 17 y las 18 horas, de lunes a jueves, y entre las 7.30 y las 9.00 y entre las 14.30 y las 15.30 los viernes.

Todo ello sin perjuicio de lo que establece la Resolución de 10 de marzo de 2003, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan Instrucciones en materia de jornada y horarios de trabajo del personal al servicio de la Administración General del Estado, respecto a los calendarios laborales y el resto de la norma que no será objeto de modificación.

C) El Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.

En esta norma el artículo 4º ha establecido una determinación de carácter general cuando ha fijado un criterio en relación con lo que denomina la reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos cuando señala que <<... 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.

Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.

Para la efectiva y homogénea aplicación de esta medida en el ámbito de la Administración General del Estado se autoriza al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a dictar las instrucciones necesarias para adecuar los calendarios laborales vigentes, incluidos los sistemas de seguimiento del cumplimiento horario, previa negociación en el seno de la Mesa General de Negociación...>>. El precepto tiene una virtualidad general porque incluye al conjunto del sector público estatal y una vocación de reordenación porque habilita para la reformulación de los pactos existentes sobre la base del mínimo legal establecido.

3.- La determinación de la jornada en el ámbito local.

La conformación de la jornada deriva, de un lado, de cuanto acaba de indicarse en relación con la normativa que la define en el EBEP que tiene la consideración de normativa básica y, de otra, de la propia normativa local que debe entenderse que, según establece el artículo 3 del EBEP, conforma una parte del régimen jurídico que debe ser completada con las

disposiciones que en cada momento se establezcan para el ámbito local. De momento y a la espera que esta regulación tenga un sentido y una armonía que, desde luego, no tiene en el momento presente el artículo 94 de la LBRL establece que <<...La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado. Se les aplicarán las mismas normas sobre equivalencia y reducción de jornada...>>

Este precepto entronca con lo dispuesto en el artículo 144 del TRDRL cuando señala que <<...Los funcionarios de Administración Local tienen las obligaciones determinadas por la legislación sobre función pública de la correspondiente Comunidad Autónoma y, en todo caso, las previstas en la legislación básica del Estado sobre función pública....>>

A partir de aquí podemos indicar con carácter general que la jornada viene determinada por la normativa básica. El análisis jurisprudencial que se realiza seguidamente nos muestra que este título competencial encuentra su encaje, por un lado, en la normativa básica y, por otro, en la incidencia económica indirecta en relación con las medidas que puedan afectar a la función pública y, como consecuencia de lo anterior, en el ámbito de la planificación económica general que corresponde, igualmente, al Estado.

El fundamento de esta afirmación puede encontrarse en las siguientes resoluciones judiciales:

- STSJ de Cantabria de 1 de septiembre de 2008

En esta Sentencia se afirma que:

<<...La Sala estima, tras examinar dicha cláusula en función de las alegaciones del Abogado del Estado, que este motivo de impugnación ha de ser íntegramente acogido, ya que:

1) Las corporaciones locales carecen de competencia para determinar, vía acuerdo con los funcionarios, el cómputo anual de la jornada laboral de sus funcionarios, pues el art. 94 de la L.B.R.L (RCL 1985, 799, 1372) establece, taxativamente, que "La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado"

2) Las **entidades locales carecen igualmente de competencia para alterar**, vía Acuerdo, la estructura y criterios de valoración objetiva de las retribuciones complementarias de sus funcionarios incluyendo conceptos retributivos distintos a los contemplados en el art. 23 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto (RCL 1984, 2000, 2317, 2427) , de Medidas para la reforma de Función Pública, pues se lo vedan expresamente los arts. 93 de la L.B.R.L. y 153 del RDLvo 781/1986 (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) y

3) Consecuentemente la cláusula 6 del Acuerdo **es contraria a las normas antedichas en cuanto establece una jornada de trabajo inferior (1.575 horas) a la establecida en cómputo anual (1.647 horas) para los funcionarios públicos por la Resolución de 20/12/05 (RCL 2005, 2535) y un concepto retributivo, horas extraordinarias, no aplicable a la función pública.**

Procede, por todo ello, declarar la nulidad de la cláusula 6 del Acuerdo en lo referente a las 1.575 horas del cómputo anual de la jornada de trabajo y a la existencia de las horas extraordinarias como concepto retributivo de los funcionarios...>>.

La Sentencia entronca la cuestión en el ámbito de la normativa básica.

- STSJ del País Vasco de 31 de enero de 2008

En la que se afirma que

<<...Descartadas de la negociación obligatoria las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos, aunque en el primero de los casos puede ser preceptiva la "consulta" a las organizaciones Sindicales correspondientes, las materias objeto de

negociación son las circunstanciadas en el art. 32, pero con la prevención de la lógica limitación espacial al estricto ámbito de la Administración Pública, o en el caso de Pactos al órgano administrativo, y, por otra parte, en relación con esas materias, la limitación alcanza a la propia competencia material de la Administración de que se trate, de tal suerte que podrán alcanzarse Acuerdos siempre que referidos a alguna de las materias contempladas en el art. 32, además, la Administración de que se trate tenga competencia sobre tal materia. Esto se revela evidente, por cuanto lo contrario supondría una atribución de competencias al margen del orden establecido constitucionalmente, de manera que so pretexto del ejercicio de la capacidad negociadora, **una administración local no puede pretender hurtar el título competencial que conforme a los arts. 149.1.18º de la Constitución (RCL 1978, 2836)** y el art. 10.4 de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre (RCL 1979, 3028) , Estatuto de Autonomía del País Vasco, corresponde respectivamente al Estado y a la Comunidad Autónoma, teniendo además en cuenta la reserva de Ley que establece el art. 103.3 de la Constitución, en cuanto al "Estatuto de los Funcionarios Públicos", o eludir el principio de jerarquía normativa, conforme al orden de fuentes establecido por el bloque de la constitucionalidad, tal y como declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 214/1989, de 21 de diciembre (RTC 1989, 214) , cuando anuló por inconstitucional el artículo 5 de la Ley de Bases de Régimen Local. Todo lo cual conduce a la conclusión de que la negociación colectiva de los funcionarios no puede equipararse a la laboral, por cuanto, la posición de las partes es desigual, siendo privilegiada la de la Administración, que debe aprobar los acuerdos alcanzados para dotarlos de validez y, además, ostenta una facultad de resolución unilateral ante el desacuerdo, arts. 35 y 37.2 de la Ley 9/1987, sin que exista sometimiento a conciliación o arbitraje obligatorio, pues únicamente se establece la posibilidad de nombrar de mutuo acuerdo un mediador facultado para hacer propuestas, art. 38. Asimismo, la Exposición de Motivos de la Ley, cuando se refiere a la necesidad de una regulación semejante a la establecida para los trabajadores por cuenta ajena, lo hace respecto de lo afectante a "los órganos de representación", pero omite cualquier cita de esa semejanza en materia de "negociación colectiva", cuyas limitaciones, como se ha dicho, tratándose de funcionarios públicos, son notables.

De todo ello resulta que habrá de tenerse presente el sistema normativo, delimitador del contenido de la negociación, a tenor de la disposición constitucional del art. 149.1.18º, **que señala como competencia exclusiva del Estado la fijación de las bases... del régimen estatutario de sus funcionarios**, en consonancia con lo cual el Estatuto de Autonomía del País Vasco, en su art. 10.4, después de establecer como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma el régimen local y estatuto de funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, añade que ello se entiende sin perjuicio de lo establecido en el art. 149.1.18º de la Constitución (RCL 1978, 2836) , pero, como derecho intertemporal, la Disp. Trans. 7ª del Estatuto dispone que mientras las Cortes Generales no elaboren las Leyes Básicas y/o el Parlamento Vasco no legisle sobre las materias de su competencia, continuarán en vigor las actuales Leyes del Estado que se refieren a dichas materias... >>

- STSJ de Madrid de 26 de abril de 2012

En esta sentencia se alude a que:

<<...Debemos tener en cuenta igualmente lo que dispone el EBEP (RCL 2007, 768) Ley 7/2007 (RCL 2007, 768) Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aplicable a las Administraciones Locales, a tenor de lo que se establece en su artículo segundo , en relación con lo que dispone el Capítulo V, Derecho a la negociación colectiva, que en su artículo 31, siguientes y concordantes regula los aspectos derivados de la misma.

En lo que a la presente litis interesa debemos destacar el artículo 33 que establece en su tenor literal lo siguiente:

"1. La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los principios **de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectuará** mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3 .c

); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1980) (RCL 1985, 1980; APNDL 13091), de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo.

A este efecto, se constituirán Mesas de Negociación en las que estarán legitimados para estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración Pública correspondiente, y por otra, las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal, las Organizaciones Sindicales más representativas de Comunidad Autónoma, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución.

2. Las Administraciones Públicas podrán encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán su representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello."

El artículo 38 en el apartado octavo expresa: "Los Pactos y Acuerdos que de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) para el personal laboral"..>>

En esta Sentencia se entronca con la legalidad presupuestaria como elemento central de vinculación de los "negociadores" lo que, a su vez, entronca con toda la regulación de la estabilidad presupuestaria y de la planificación económica general que corresponde al Estado ex artículo 131 de la CE.

En esta misma línea la Sentencia que se analiza se aborda una cuestión también importante en relación con el elemento de comparación: la negociación colectiva laboral y las denominadas condiciones más beneficiosas. Así la - **STSJ de País Vasco de 31 de enero de 2008 señala que:**

<<...Impugnado asimismo el artículo 7 relativo a las "Condiciones más beneficiosas" debe recordarse que constituye criterio jurisprudencial establecido por la Sala Tercera (Sección 7ª) del Tribunal Supremo que la cláusula de condiciones más beneficiosas establecida en sucesivos Acuerdos Reguladores de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de las Administraciones Forales y Locales de Euskadi adolece de invalidez por infracción de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, de 12 de junio (RCL 1987, 1450) , teniéndose reiterado que "... las características de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado y, en su caso, de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, no permiten que por analogía con el sistema de relaciones laborales, tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de "mínimos", sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando cada una a su libre albedrío, bajo el lema de que lo que no está prohibido por la Ley debe presumirse que está permitido y puede ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa Negociación, refrendada por la respectiva Corporación Municipal", teniendo asimismo declarado **"que las cláusulas de condición más beneficiosa y de compensación y absorción, aplicables en el ámbito laboral, exceden de las materias que pueden ser objeto de negociación en el de la función pública"** (Por todas, SSTS de 22 de octubre de 1993 [RJ 1993, 7544] , 5 de mayo de 1994, 16 de junio de 1995 [RJ 1995, 4994] , 4 de diciembre de 1995, 22 de diciembre de 1995, 18 de noviembre de 1996 [RJ 1996, 9749] , 3 [RJ 1997, 923] y 10 de febrero de 1997, 25 de junio de 1999 [RJ 1999, 5511] ...).

Procede, por consiguiente, la estimación del motivo al ser el referido artículo 7 del Acuerdo Regulador de que tratamos nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246)_ , del Procedimiento Administrativo Común.

Esta misma Sentencia se refiere a la fijación de jornadas diferentes a la establecida con el carácter de básica y en la que señala que:

<<...A la vista de las posiciones de las partes, no cabe duda de que el motivo de impugnación debe prosperar, toda vez que, todas ellas, se muestran contestes en que la jornada en cómputo anual establecida en el artículo 11 del Acuerdo Regulator de Empleo es distinta a la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado.

Debe repararse, sin embargo, en que la Administración General del Estado tiene fijada la jornada laboral de los funcionarios públicos en el apartado segundo de la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas, mediante el módulo de 37 horas y 30 minutos, en cómputo semanal, a realizar con carácter general de lunes a viernes en régimen de horario flexible.

En consecuencia, **efectuando el cálculo a partir del número de días anuales (365) a los que se descuenten los domingos, los catorce días festivos y los treinta días de vacaciones, el resultado que se ofrece es de 45 semanas (de seis días) y 3 días, con el resultado horario (1664 horas efectivas anuales) que se indica por la defensa del Sindicato ELA/STV y que resulta superior en horas al previsto en el Acuerdo Regulator de Empleo adoptado por la Administración Foral.**

Siendo cierto que los recurrentes computan por dos veces los domingos correspondientes al permiso por vacaciones anuales; y, así mismo, debe compartirse la crítica que se efectúa por la defensa de la Administración Foral en cuanto a la errónea aplicación, en el cálculo efectuado por los recurrentes, de los seis días de licencia o permiso por asuntos propios establecido en el apartado décimo de la Resolución de 27 de abril de 1995, de la Secretaría de Estado para las Administraciones Públicas, toda vez que dicho extremo de la resolución sólo resulta aplicable a los empleados públicos destinatarios del Acuerdo suscrito el 15 de septiembre de 1994 entre la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales sobre condiciones de trabajo en la función pública, para el período de 1995/1997.

En tanto que dicha previsión no se incluye en el Acuerdo Regulator de Empleo adoptado por la Administración Foral, por lo que tampoco cabe tenerlo en cuenta en el cómputo horario establecido en el artículo 11 del propio Acuerdo.

De donde se **sigue la declaración de invalidez radical del artículo 11** del Acuerdo Regulator recurrido (artículo 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] , del Procedimiento Administrativo Común)"....>>

- STSJ de Cataluña de 14 de julio de 2005

En esta sentencia se señala que

<<...La fijación de techos **salariales encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección** de la actividad económica general, y se fundamenta en el artículo 149. 1. 13 de la Constitución (RCL 1978, 2836) (STC 96/90 [RTC 1990, 96] , 237/92 [RTC 1992, 237] y 171/96 [RTC 1996, 171]) reiterando ésta última que el establecimiento de un límite porcentual máximo para el incremento de remuneraciones de los funcionarios públicos, está encaminado a la consecución de la estabilidad económica y a la gradual recuperación del equilibrio presupuestario.

Y, añade el Tribunal Supremo que «Además de la referida jurisprudencia constitucional y de los criterios legales anteriormente examinados, procede significar que en el ámbito de la ordenación local y respetando el principio de autonomía local, las disposiciones legales aplicables en dicho régimen se someten, en todo caso, a la ordenación general de la actividad económica, como resulta de lo previsto en el artículo 90.1, regla segunda, de la Ley 7/1985, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) , de Bases del Estatuto de Régimen Local, así como de las previsiones contenidas en el artículo 93 de dicho cuerpo legal que, en todo caso, establece que las retribuciones básicas tendrán la misma estructura e idéntica cuantía que las establecidas con carácter general para toda la función pública y reflejarán su cuantía en los términos previstos en la legislación básica sobre función pública, como reconoce el apartado tercero del artículo 93.

También el Real Decreto Legislativo 781/1986 (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) , que contiene el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, al hablar de las plantillas, en el citado artículo 126.1 ya alude a que habrán de responder en el ámbito de la clasificación reservada a funcionarios, personal laboral y eventual y a su aprobación anual, a los principios enunciados en el artículo 90.1 de la Ley 7/1985, de 7 de abril, en el apartado cuarto de dicho precepto se establece que la relación de puestos de trabajo tiene, en todo caso, el contenido previsto en la legislación básica sobre función pública y se ha de confeccionar con arreglo a las normas previstas en el artículo 90.2 de la Ley 7/1985. Finalmente, el artículo 153.3 del invocado Real Decreto Legislativo, establece que la cuantía de las retribuciones de los funcionarios de la Administración local se regirán por lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley 7/1985, de 2 de abril y el artículo 154, apartado primero de dicho Real Decreto Legislativo 781/1986, establece que es la Ley de Presupuestos Generales del Estado para cada año la que ha de fijar los límites al incremento de las retribuciones o gastos de personal de las corporaciones locales».

En consecuencia, la jurisprudencia citada que interpreta y aplica la normativa indicada prohíbe tanto que se sobrepase el límite fijado en la Ley de presupuestos como incremento retributivo global de los funcionarios públicos de la Administración local como que los conceptos retributivos de estos funcionarios puedan diferir de los fijados con carácter general en la legislación de la función pública y que deben aplicarse a todos los funcionarios públicos, sean estatales, autonómicos o locales.

El art. 20.Dos de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, de 29 de diciembre de 1999 (RCL 1999, 3244 y RCL 2000, 776) , establece que «Con efectos a 1 de enero de 2000, las retribuciones íntegras del personal al servicio del sector público no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por 100 con respecto a las del año 1999, en términos de homogeneidad para los dos períodos de comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo».

El párrafo segundo de este precepto, añade que «Los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en el presente artículo o en las normas que lo desarrollen deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan al mismo».

En el presente caso, el acuerdo impugnado en lo que se refiere a las retribuciones económicas, supera los límites establecidos a nivel presupuestario, al permitir un incremento salarial para los funcionarios y personal laboral, en relación con el aumento porcentual del coste de la vida y por encima de lo previsto en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

Lo mismo cabe decir de la disminución de la jornada laboral, sin que ello se puede justificar aludiendo a la potestad de autoorganización administrativa, pues una jornada fijada en 1526 a 1578 horas anuales, supone una clara vulneración de la legislación estatal.

Como tiene señalado este mismo Tribunal, en entre otras, su Sentencia de 21 de octubre de 2002 (JUR 2003, 112728) (Sección 5º), dicha previsión legal «contempla una adecuación singular y excepcional lo que no parece compatible con un aumento generalizado de las retribuciones», tal como sucede en el caso de autos. En efecto, la consulta del resto del articulado del Pacto de Condiciones de Trabajo del Personal Funcionario, y en particular de su art. 43, pone de manifiesto que el complemento de productividad tiene en el marco de dicho Pacto, un carácter claramente general, al ser percibido por el común de los funcionarios al servicio del Ayuntamiento demandado, por lo que no encaja de ningún modo en el carácter singular y excepcional que exige el art. 20.Tres de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000 (RCL 1999, 3244 y RCL 2000, 776) a los eventuales incrementos que superen el 2 por 100 máximo permitido por su propio art. 20. Dos.

Se impugna finalmente el art. 10 del Pacto de Condiciones de Trabajo, en la medida en que, para determinados colectivos de personal, establece una jornada laboral en cómputo anual

inferior a la establecida legalmente. Más exactamente, la Abogacía del Estado alega que según dicho precepto, la jornada anual de los funcionarios al servicio del Ayuntamiento demandado es inferior en jornada anual y que en cualquier caso es inferior a la de 1.635 horas que establece la normativa estatal a la sazón vigente. Añade la Administración demandante en su argumentación que con arreglo al art. 94 de la Ley de Bases del Régimen Local (RCL 1985, 799, 1372) , «la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fija para los funcionarios de la Administración del Estado», lo que remite a la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública de 27 de abril de 1995 (RCL 1995, 1404) , cuyo Apartado segundo establece que «la jornada semanal de trabajo en la Administración General del Estado queda establecida en treinta y siete horas y treinta minutos, en cómputo semanal, que se realizarán con carácter general de lunes a viernes en régimen de horario flexible».

También en este punto debe ser estimada la pretensión anulatoria de la Administración del Estado, aquí recurrente. Así, además de la claridad con que el antedicho art. 94 LBRL (RCL 1985, 799, 1372) establece la vinculatoriedad de las Administraciones locales a la jornada laboral máxima establecida para los funcionarios al servicio de la Administración del Estado, conviene destacar cómo dicho carácter vinculante ha sido reconocido ampliamente por la jurisprudencia el Tribunal Supremo en, entre otras, las Sentencias de 7 de noviembre de 1995 (RJ 1995, 8173) , de 20 de febrero de 1996 (RJ 1996, 1617) , y de 5 de diciembre de 1997 (RJ 1998, 307)>>

- STS de Galicia de 16 de marzo de 2005

En la Sentencia se señala que:

<<...El primer punto a que se refiere la impugnación es el artículo 15.1 del Acuerdo plenario en cuanto establece la duración máxima de la jornada de trabajo para el personal de dicha entidad local en 35 horas semanales de trabajo efectivo de media en cómputo anual, equivalente en 1537 horas anuales. Tal como argumenta el Abogado del Estado, dicho extremo vulnera lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley 7/185, de 2 de abril (RCL 1985, 799, 1372) , de bases de régimen local, que dispone, a fin de unificar el régimen estatutario funcional, que «La jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración local será en cómputo anual la misma que se fije para los funcionarios de la Administración Civil del Estado», lo que, a su vez, remite al apartado 2º. 1 de la Resolución de 10 de marzo de 2003 (RCL 2003, 704) , de la Secretaria de Estado para la Administración Pública, por la que se dictan instrucciones sobre jornada y horarios de trabajo del personal civil al servicio de la Administración General del Estado, en el que se recoge que «La duración máxima de la jornada de trabajo en la Administración General del Estado será de treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual, equivalente a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales», que se quebrantaron aquel acuerdo impugnado ya que en ésta se fija una duración máxima que no se corresponde con la que ha de ser unitaria. No puede compartirse el argumento de que en la resolución de 10/3/2003 se fijan duraciones máximas sin que se prohíba el establecimiento de jornadas inferiores puesto que en el artículo 15.1 del acuerdo se establece la duración máxima en 35 horas semanales y la vulneración consiste precisamente en aquella fijación de la jornada máxima en forma diferente a la regulación uniforme estatutaria. Por tanto, procede acoger el recurso en este extremo.

Por el mismo motivo anteriormente expuesto ha de estimarse la impugnación en cuanto al artículo 17 en el que se establece una jornada de verano que implica que durante la temporada que va desde el 1 de junio al 30 de septiembre, el horario ordinario de trabajo para el personal en general, incluido el de las oficinas de atención al público, se establece de 8 a 14 horas de lunes a viernes, es decir, 30 horas semanales, que igualmente vulneran aquella exigencia de jornada semanal unitaria para el personal funcional de la Administración Local respecto al de la Administración del Estado, además de punto 6º de aquella resolución de 10 de marzo de 2003.

Asimismo merece acogerse la impugnación del artículo 18 en cuanto establece tres turnos de vacaciones para navidades y para la «semana grande», aparte de las vacaciones

reglamentarias que se recogen en el artículo 24 del propio acuerdo plenario. El artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) , que aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, para la regulación de las vacaciones de los funcionarios de la Administración local remite a la previsión de la legislación de la función pública autonómica y supletoriamente a la aplicable a los funcionarios estatales, remisión que denota un deseo legislativo de uniformidad que contradice la posibilidad de regulación propia en el ámbito local. No existiendo previsión en lo que ahora interesa en el artículo 69 de la Ley 4/1988, de 26 de mayo (RCL 1988, 1607 y LG 1988, 105) , de la Función Pública de Galicia, hay que acudir a la regulación estatal, de modo que con aquella regulación pactada se excede la duración legal de las vacaciones que se recoge, dentro del componente estatutario, en regulación coincidente con la del punto 9o de la resolución de 10 de marzo de 2003, en el artículo 68 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero (RCL 1964, 348) , por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, en la redacción que le ha dado el artículo 51 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre (RCL 2002, 3081 y RCL 2003, 933) , en cuyo apartado 1 se establece que «todos los funcionarios tendrán derecho, por año completo de servicios, a disfrutar de una vacación retribuida de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales, o a los días que corresponda proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos», añadiendo el apartado 2 que «Asimismo, tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años de servicio, respectivamente, hasta un total de veintiséis días hábiles por año natural».

Igualmente ha de estimarse el recurso respecto al artículo 25.1º del acuerdo plenario en cuanto prevé un permiso (más bien habría que hablar de licencia) retribuido de 15 días no sólo por matrimonio sino también por inscripción como pareja de hecho en el Registro municipal, pues si bien es previsible que en poco tiempo pueda regularse en ese sentido esta materia, sin embargo en la actualidad dentro del componente estatutario esa equiparación a efectos de permiso o licencia con la pareja de hecho no tiene amparo normativo, siendo así que, como se ha declarado en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7544) , 5 de mayo (RJ 1994, 4315) y 16 de noviembre de 1994 (RJ 1995, 555) , el régimen de permisos y licencias no está atribuido a la autonomía contractual del Ayuntamiento, sino establecido por la legislación autonómica y, supletoriamente, por la estatal (art. 30 de la Ley 30/1984 [RCL 1984, 2000, 2317, 2427]).

Por apartarse asimismo del régimen estatutario funcional contenido en el artículo 30.1ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, ha de anularse igualmente el contenido del artículo 25.1.c a del acuerdo plenario en cuanto establece en el apartado a) un permiso de siete días por nacimiento, enfermedad grave o fallecimiento de un hijo, en el apartado b) siete días por enfermedad grave o fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho, y en el apartado c) tres días en la misma localidad y cinco días en distinta por la enfermedad grave o fallecimiento de los padres o hermanos.

La nulidad ha de extenderse asimismo al artículo 25.1.ce debido a que el permiso de dos días por traslado del domicilio habitual vulnera el artículo 30.1.b de la Ley 30/1984 que establece un día para ese caso.

En las materias de permisos y licencias, a los efectos del artículo 142 del RDL 781/1986 (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) viene a coincidir la regulación autonómica y estatal, por lo que no se puede negar al Estado legitimación para la impugnación de la regulación convencional municipal.

Lleva razón asimismo el Abogado del Estado cuando alega que carece de toda cobertura legal el fondo de compensación establecido en el artículo 33 del acuerdo plenario, en el que se recoge que debe figurar en los presupuestos del Concello para compensar las diferencias retributivas existentes entre puestos de similares características y distinto salario, por lo que asimismo debe anularse dicha previsión en cuanto carece el Ayuntamiento de competencia para la negociación sobre dicho aspecto. Tal como antes se adelantó, las materias a negociar no deben buscarse en la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) , sino en las distintas

Leyes rectoras de la función pública, y no se invoca por las demandadas ninguna que preste apoyo normativo a la negociación sobre dicha compensación retributiva que evidentemente excede de la competencia municipal.

Seguidamente se impugna el artículo 34 del acuerdo municipal, que dispone que el Concello concertará una póliza de seguro colectivo que cubrirá los riesgos de muerte e invalidez, incluso por contingencias comunes, argumentando el representante de la Administración del Estado que, aparte de carecer de cobertura legal, puede constituir un salario encubierto que haría exceder el 2% fijado en el artículo 19.2 de la Ley 61/2003, de 30 de diciembre (RCL 2003, 3092 y RCL 2004, 783) , como incremento de las retribuciones en 2004 respecto a las de 2003. Ello no es admisible debido a que dicha póliza constituida por las Corporaciones Locales sólo puede financiarse con ingresos procedentes de los funcionarios y demás personal al servicio de la Administración Local. En efecto, han de financiarse por las contribuciones de sus beneficiarios y si tienen lugar aportaciones municipales ha de ser con cargo a ingresos de Derecho privado, tal como lo prevé la Disposición adicional 5a del RDL 781/1986 (que mantienen expresamente en vigor la derogatoria única. 1º del RD 480/1993, de 2 de abril [RCL 1993, 1115]), pues en otro caso se estaría creando un concepto retributivo nuevo, con vulneración de lo dispuesto en el básico artículo 23 de la Ley 30/1984. La Ley de 8 de noviembre de 1995 (RCL 1995, 3046) , de ordenación y supervisión de los seguros privados, al modificar la disposición final 2ª de la Ley 7/1987, de 8 de junio, sobre regulación de planes y fondos de pensiones añade a la financiación con aportaciones o cuotas de los beneficiarios, cualquier otro ingreso de Derecho privado, que se corresponden con los recogidos por el artículo 3 de la Ley de Haciendas Locales. Lo mismo puede decirse de las pólizas de seguro a concertar por el Ayuntamiento con fondos públicos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo participa de este mismo criterio, como no podía ser menos, y así en las sentencias TS de 5 de febrero (RJ 1991, 1172) , 14 de junio (RJ 1991, 4999) y 19 de diciembre de 1991 (RJ 1992, 352) declaran que las disposiciones adicionales cuarta y quinta del Real Decreto Legislativo núm. 781/1986, de 18 de abril (RCL 1986, 1238, 2271, 3551) (que recoge sustancialmente las disposiciones adicionales séptima y octava de la Ley 11/1960, de 12 de mayo [RCL 1960, 726]), prohíbe que las Corporaciones Locales hagan aportaciones para fines de previsión de sus funcionarios: esas disposiciones, contemplan la posibilidad de que los funcionarios municipales puedan constituir una Entidad de Previsión de Carácter Voluntario, de conformidad con las disposiciones legales, siempre que las aportaciones y cuotas sean exclusivamente a su cargo. Añaden que los artículos 23 de la Ley 30/1984 (RCL 1984, 2000, 2317, 2427) , de medidas para la Reforma de la Función Pública y 93 de la Ley 7/1985 (RCL 1985, 799, 1372) , reguladora de las Bases del Régimen Local, impiden la creación de conceptos retributivos nuevos. Por ello, la Ley 7/1985 (art. 93.3) manda que las Corporaciones Locales reflejen anualmente en sus presupuestos la cuantía de las retribuciones de sus funcionarios en los términos previstos en la legislación básica del Estado, sobre la función pública. Y como quiera que dichas Leyes (Ley 30/1984 y Ley 7/1985) fueron dictadas por el Estado en el ejercicio de su competencia exclusiva (art. 149.1.18 de la Constitución [RCL 1978, 2836]), resulta que todo lo referente a la retribución básica es de rigurosa observancia en todo el territorio del Estado. Y cualquier sistema de previsión no puede implicar la creación de una retribución básica diferente y contraria a la legislación estatal. Lo anterior aparte de suponer el abono de unas gratificaciones no reconocidas como retribuciones en la Ley 30/84, implica una vulneración de la prohibición de la Corporaciones Locales de conceder subvenciones, gratificaciones, aportaciones o ayudas de cualquier género al margen de las propias del régimen de la Seguridad Social, así arts. 153 y 154 del Texto Refundido 781/1986. Por ello también procede la estimación del recurso en cuanto a este punto.

Por las mismas razones ha de anularse igualmente el artículo 35 del acuerdo municipal que establece que el Concello completará las percepciones de los funcionarios municipales durante la situación de incapacidad temporal hasta el 100% de sus retribuciones mensuales, lo que igualmente puede encubrir un complemento salarial que haría exceder el incremento legal de las retribuciones para el ejercicio 2004. Nuevamente carece de competencia el

Ayuntamiento para negociar sobre dicho aspecto, por lo que el artículo 32 de la Ley 9/1987 (RCL 1987, 1450) no presta cobertura normativa a dicho aspecto.

Por tanto, ha de acogerse el recurso en cuanto a todos los preceptos impugnados que hasta aquí se han expuesto...>>

Las referencias jurisprudenciales indicadas nos permiten señalar:

1º.- Que la normativa de función pública establecida en torno al EBEP establece la jornada en términos que permite su determinación y concreción desde la normativa del Estado con la condición de norma básica

2º.- Que la normativa básica establece en normas de rango muy diverso – incluidas instrucciones de órganos superiores de la AGE.

3º.- Que la regulación del personal funcionario del ámbito local debe asumir como límite en su establecimiento y en la propia negociación colectiva el establecido por la norma general reguladora de la jornada, considerada, en cómputo anual.

4º.- Que, asimismo, la jornada enlaza con la competencia estatal que deriva de la planificación económica general que corresponde al Estado y, asimismo, con la normativa presupuestaria –considerada en términos amplios- que ampara aquella.

5º.- La normativa básica y la presupuestaria configuran un límite a la actividad y a la capacidad negocial en el ámbito del empleo público de forma que las extralimitaciones sobre aquellas se convierten en elementos que vinculan a los negociadores y que condicionan la viabilidad jurídica del “producto negocial”.

En todo caso lo que no cabe negar es que “los excesos” en relación con la capacidad sólo pueden rehacerse o alterarse si sobre los mismos se produce la correspondiente impugnación y, en consecuencia, se impugna la legalidad de los acuerdos o pactos en el marco de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.- Las modificaciones en el año 2012.

En el panorama descrito durante el año 2012 se han producido nuevas normas que afectan al tiempo de trabajo y a las propias condiciones de negociación colectiva referidas a la misma. En concreto, el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio - RCL\2012\976 establece:

- Se añade un párrafo segundo al artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público con la siguiente redacción:

«Artículo 32. Negociación colectiva, representación y participación 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.»

- Adicionalmente dos medidas:

*** Artículo 8. Modificación de los artículos 48 y 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril (RCL 2007, 768), de Estatuto Básico del Empleado Público y medidas sobre días adicionales**

- Uno. Se modifica el artículo 48 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público en los siguientes términos:
- «Artículo 48. Permisos de los funcionarios públicos.

- Los funcionarios públicos tendrán los siguientes permisos:
- a) Por fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del primer grado de consanguinidad o afinidad, tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días hábiles cuando sea en distinta localidad.
- Cuando se trate del fallecimiento, accidente o enfermedad grave de un familiar dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad, el permiso será de dos días hábiles cuando se produzca en la misma localidad y de cuatro días hábiles cuando sea en distinta localidad.
- b) Por traslado de domicilio sin cambio de residencia, un día.
- c) Para realizar funciones sindicales o de representación del personal, en los términos que se determine.
- d) Para concurrir a exámenes finales y demás pruebas definitivas de aptitud, durante los días de su celebración.
- e) Para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto por las funcionarias embarazadas.
- f) Por lactancia de un hijo menor de doce meses tendrá derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrá dividir en dos fracciones. Este derecho podrá sustituirse por una reducción de la jornada normal en media hora al inicio y al final de la jornada o, en una hora al inicio o al final de la jornada, con la misma finalidad. Este derecho podrá ser ejercido indistintamente por uno u otro de los progenitores, en el caso de que ambos trabajen.
- Igualmente la funcionaria podrá solicitar la sustitución del tiempo de lactancia por un permiso retribuido que acumule en jornadas completas el tiempo correspondiente.
- Este permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple.
- g) Por nacimiento de hijos prematuros o que por cualquier otra causa deban permanecer hospitalizados a continuación del parto, la funcionaria o el funcionario tendrá derecho a ausentarse del trabajo durante un máximo de dos horas diarias percibiendo las retribuciones íntegras.
- Asimismo, tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional de sus retribuciones.
- h) Por razones de guarda legal, cuando el funcionario tenga el cuidado directo de algún menor de doce años, de persona mayor que requiera especial dedicación, o de una persona con discapacidad que no desempeñe actividad retribuida, tendrá derecho a la reducción de su jornada de trabajo, con la disminución de sus retribuciones que corresponda.
- Tendrá el mismo derecho el funcionario que precise encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y que no desempeñe actividad retribuida.
- i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes.
- Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.
- j) Por tiempo indispensable para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal y por deberes relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral.

- k) Por asuntos particulares, tres días.
 - l) Por matrimonio, quince días.»
- Dos. Se modifica el artículo 50 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público que queda redactado de la siguiente manera:
- «Artículo 50. Vacaciones de los funcionarios públicos.
 - Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.
 - A los efectos de lo previsto en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales.»

* La suspensión de pactos y acuerdos

El artículo 8.3 del Real Decreto-Ley de 2012 establece que <<... Tres. 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, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza....>>.

5.- El panorama de la negociación colectiva y los tiempos de trabajo.

El análisis de las medidas analizadas en los apartados anteriores nos permite intentar ahora una reformulación y un replanteamiento sobre las base de los siguientes esquemas:

A) Con carácter general: la reducción del ámbito de la negociación colectiva.

La lectura de las normas que en esta situación de excepcional crisis económica se han ido adoptando en 2011 y 2012 nos permite señalar la tendencia acusada del legislador en relación con el régimen jurídico del empleo público de volver a la formulación estatutaria más amplia y reducir el hueco general que las normas de función pública venían estableciendo a favor de la negociación colectiva.

La crisis está volviendo el régimen jurídico a su formulación más clásica: al estatutaria o la legal sobre la que no cabe sino el cumplimiento y la aceptación por parte de los agentes públicos.

En relación con esta tendencia podemos indicar que, en términos de organización, supone un retroceso importante en la formulación del régimen jurídico del empleo porque nos hace regresar a las formulaciones más claras del unilateralismo y de la determinación del mismo orden de las condiciones de trabajo. Es cierto que un régimen de este orden presenta, sin duda, una capacidad de organización y aplicación uniforme mayor que los sistemas bilaterales por esencia más plurales pero es cierto, también, que en una organización administrativa como la pública con una realidad tan amplia y con unos servicios tan plurales los regímenes unilaterales acaban condicionando la solución y la viabilidad final del planteamiento.

B) Con carácter específico: la vinculación entre jornada y organización.

Es necesario señalar que, aunque algunas de las Sentencia a las que nos hemos referido anteriormente se centran en el análisis de esta cuestión para decir que la capacidad organizativa no puede primar sobre la capacidad legal de ordenación del empleo público es más que evidente que los tiempos de trabajo y la organización del propio trabajo tienen una conexión que no cabe despreciar.

En la medida en que las diferentes Administraciones, con servicios y concepciones diferentes de su propia situación, se ven vinculadas por una norma única de aplicación será más complejo adaptar a las necesidades reales de cada una de aquellas el propio régimen jurídico y por ende la operatividad del empleo público.

El elemento central que debe destacarse es que sobre los tiempos de trabajo se produce un doble mecanismo de control: de un lado, el que proviene de la determinación expresa sobre el jornada, los permisos o las vacaciones; de otro, el que proviene de las repercusiones indirectas y, por ende, económicas de esta opción que conlleva necesariamente una incidencia en aquel ámbito.

Esta es la gran incógnita de futuro: el tipo de controles que justifica la crisis económica. En concreto, se trata de dilucidar si tienen que ser controles directos (fijación del número de horas semanales por ley de forma que no quede margen de apreciación ni de negociación sobre el tema) o controles económicos y dentro de éstos sin la referencia debe ser en relación al propio capítulo a los gastos generales de una organización.

Es evidente que son malos momentos para reclamar autonomía gestora de las organizaciones y apelar a la responsabilidad de las mismas en el cumplimiento de los objetivos generales. Pero es cierto también que los efectos de control directo son (o serán) claramente perceptibles en la propia estructura de funcionamiento de las organizaciones. De alguna forma el camino recorrido hasta la publicación del EBEP era un camino hacia una determinada madurez organizativa y ese puede considerarse uno de los grandes valores y virtudes del EBEP.

Se trata de la posibilidad de establecer modelos propios de organización y funcionamiento que, sometidos a unas reglas generales, permitan, sin embargo, la diferenciación o la particularización de las necesidades de las organizaciones respectivas. Esta posibilidad se ve anegada cada vez que el marco de lo básico se prolonga y, sobre todo, si además, se hace, como en esta ocasión con determinaciones directas que no admiten ni siquiera la adaptación que proviene de la negociación de las condiciones de trabajo.

Esta técnica de actuación produce un claro encorsetamiento de la organización y, por ende, una tendencia a la exclusión de las propias responsabilidades. Cuanto más rígido es el marco más o mayores excusas encuentran los responsables para eludir su propia capacidad de dinamizar la organización. A cambio, es claro, que el efecto que se buscaba – disciplinar el gasto- se consigue de una forma más clara.

A partir de aquí la cuestión que inmediatamente debe plantearse es si estas determinaciones directas pueden aplicarse de forma idéntica sobre realidades jurídicas y económicas diferenciadas. El debate es si tienen que tener iguales límites los que tienen déficit que no los que no lo tienen y, finalmente, qué efecto se consigue limitando la capacidad organizativa en aquellas organizaciones que no tienen este problema o que pueden no tenerlo. Realmente cuando nos encontramos ante organizaciones que pueden disciplinar y controlar su gasto en personal la pregunta inmediata es ¿qué le aporta el uniformismo?. Probablemente distorsión en su propio funcionamiento. Utilizando un símil que puede no ser muy acertado sería como empeñarse en medicar a una persona que está sana. Los efectos pueden no ser – según el tipo de medicina- perjudiciales pero, en todo caso, son distorsionantes del clima laboral y de la capacidad de organización del propio proceso productivo.

Este es, finalmente, el debate. Si someter los distintos aspectos que componen la función pública a controles concretos o si someter a las organizaciones a controles genéricos que permitan mantener su capacidad de autoorganización. La respuesta de presente sabemos cual es pero es cierto, igualmente, que de futuro la solución no puede continuar en esta línea porque regresaremos a momentos ciertamente difíciles en la gestión pública. Convertidas en medidas de excepción pueden tener su justificación. Su consolidación no es admisible en términos de gestión pública porque vuelve a reproducir el problema de la limitación mediante normas generales de las propias capacidades de gestión de las respectivas Administraciones Públicas.

C) Finalmente, la necesidad de repensar el modelo de representación y participación de los empleados públicos.

Es cierto que se trata de una cuestión que, por su amplitud, trasciende del objeto de nuestro análisis y del propio contexto en el que se desarrolla esta reflexión pero es evidente que si la negociación colectiva queda en esta ámbito vacía y que, por otro lado, se reduce correlativamente la capacidad general de negociación por la vía de la inflación de la propia regulación legal, el siguiente elemento que debe considerarse es, precisamente, el modelo de negociación y participación y sus agentes. A medida que el hueco de la negociación se reduce es evidente que la utilidad de los sistemas de representación y acuerdo de cara a la configuración de marcos sostenibles de funcionamiento de las respectivas organizaciones queda, cada vez, en entredicho.

En este momento no nos corresponde sino dejar apuntado el problema como una consecuencia inmediata de la regulación mediante ley de más cuestiones o de la mayor intensidad y alcance en la regulación de las mismas.

D) El problema final: el modelo de gestión de las Administraciones Públicas.

Como colofón a todo lo que venimos indicando cabe señalar que lo que está continuamente en discusión es el propio modelo de gestión de la función pública. Los controles establecidos, como en este caso, en normas con rango de ley son, en síntesis, una muestra palpable de la desconfianza del legislador en su conjunto a la posibilidad de obtener el mismo objetivo por otras vías.

El problema es aquí muy simple: nuestras organizaciones públicas carecen de sistemas eficientes y fiables de gestión pública. La ausencia de objetivos, de cumplimiento de los mismos, de técnicas de control, de instrumentos de planificación y de responsabilidad en su cumplimiento conduce a un tipo de administración inerte ante la necesidad de cambio o de cumplimiento de expectativas diferentes al mero continuismo. Y cuando una situación de extrema necesidad –como la actual- proyecta sus efectos sobre una Administración en este estado lo razonable es considerar que solo desde la ley puede producirse el cambio.

A partir de aquí es preciso reconsiderar la necesidad de la fortaleza institucional de nuestras organizaciones, la necesidad de su profesionalización y el cambio del paradigma de gestión de las mismas para que contribuyan a la realización de su labor en condiciones de solvencia y seriedad que les permita afrontar con criterios y formas propias (no importados directamente de un mandato legal tan taxativo como el que aquí se ha producido) las necesidades de adaptación o de cambio que procedan de sus propios esquemas de organización o de las necesidades generales.

EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA JORNADA DE TRABAJO DEL PERSONAL LABORAL. LA REFORMA LABORAL Y SU APLICACIÓN A LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

César Tolosa Tribiño,
Magistrado del Orden Social
Presidente del TSJ de Cantabria

CONSIDERACIONES GENERALES.....	1
BREVES REFLEXIONES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EBEP	2
EL PROBLEMA DE LA JORNADA EN EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL	3
UNA PRIMERA APROXIMACIÓN JUDICIAL A LA FIJACIÓN DE LA JORNADA DE FORMA UNILATERAL POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS	4
LA NUEVA REGULACIÓN DE LA JORNADA EN 2011.....	5
LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2012	7
DIFERENCIA DE LOS RÉGIMENES GENERALES DE INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.....	10
LA ÚLTIMA VUELTA DE TUERCA	13
LA EXTENSIÓN DE LOS MECANISMOS DE DESVINCULACIÓN DEL CONVENIO AL PERSONAL LABORAL	15
LA APLICACIÓN DEL ART. 16 DEL RD 20/2012.....	16

CONSIDERACIONES GENERALES

El Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril (*BOE* de 13 de abril) (en adelante, EBEP) regula **dos tipos de relaciones jurídicas distintas**: la jurídico-administrativa de los funcionarios públicos y la jurídico-laboral del personal laboral de las distintas Administraciones Públicas.

Los títulos competenciales del EBEP son ciertamente diferentes. Mientras la regulación en el EBEP del régimen jurídico de los funcionarios arranca del art. 149.1.18 de la Constitución y, por ello, tiene naturaleza de legislación básica, permitiendo su desarrollo por la legislación autonómica complementaria, la regulación en el EBEP del régimen jurídico del personal laboral tiene su atribución competencial en el art. 149.1.7 de la Constitución, que establece el monopolio normativo del Estado en materia laboral excluyendo por tanto cualquier intervención normativa de las Comunidades Autónomas (Disposición Final Primera del EBEP).

La existencia de esta dualidad, explica el propio contenido del EBEP. En efecto, tal y como señala la Exposición de Motivos de la Ley “En fin, la manifestación más significativa de esa tendencia a la diversidad viene siendo el recurso por muchas Administraciones Públicas a la contratación de personal conforme a la legislación laboral. **Si bien por imperativo constitucional no puede ser éste el régimen general del empleo público en nuestro país, ni existen razones que justifiquen hoy una extensión relevante de la contratación laboral en el sector público,** no debe desconocerse que un porcentaje significativo de los empleados públicos tienen la condición de personal laboral, conforme a la legislación vigente. La flexibilidad que este régimen legal introduce en el empleo público y su mayor proximidad a los criterios de gestión de la empresa privada explican la preferencia por él en determinadas áreas de la Administración.

Esta dualidad de regímenes, presente también con unas u otras peculiaridades en la mayoría de los Estados europeos, suscita no obstante algunos problemas jurídicos y de gestión de personal, que no pueden dejar de contemplarse y regularse, en sus aspectos esenciales, por una Ley que aspira a ordenar el sistema de empleo público en su conjunto. Es más, como la experiencia demuestra y la jurisprudencia de los Tribunales subraya, la relación laboral de empleo público está sujeta a ciertas especificidades y por eso **algunos principios, como los de mérito y capacidad en el acceso, y ciertas normas de derecho público, como el régimen de incompatibilidades, vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y al laboral. Más aun, la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta este momento, ha tenido como consecuencia una creciente aproximación de las condiciones de empleo que les afectan.** Por eso, sin merma de la aplicación de la legislación laboral general en lo que proceda y siguiendo las recomendaciones de los expertos, conviene regular en el mismo texto legal que articula la legislación básica del Estado sobre la función pública aquellas peculiaridades de la relación laboral de empleo público. El presente Estatuto contiene, pues, también las normas que configuran esta relación laboral de empleo público, en virtud de la competencia que atribuye al Estado el artículo 149.1.7 de la Constitución.

Por personal laboral entiende el EBEP (art. 11.1) al que en virtud de contrato escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral (fijos o temporales, a tiempo total o a tiempo parcial), presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas.

Según el art. 7 del EBEP **“El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”**. Consecuentemente y con independencia de las normas del EBEP que les resultan directamente aplicables, el personal laboral se rige en lo fundamental por la legislación laboral común, esto es, el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales concordantes, por los convenios colectivos aplicables y por el contrato individual de trabajo.

En cuanto al **tiempo de trabajo** (régimen de la jornada de trabajo, de los permisos y de las vacaciones) del personal laboral, habrá que estar a lo establecido en los arts. 47 a 50 del EBEP y en la legislación laboral (Estatuto de los Trabajadores y en los convenios colectivos aplicables), en tanto el art. 51 EBEP, establece que **“Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente.”**

Como pone de relieve la doctrina, es evidente que, en punto al tiempo de trabajo, no tiene excesivo sentido mantener diferentes regímenes jurídicos para ambos tipos de personal (funcionario y laboral), dado que un **régimen bifronte** ocasiona serios problemas organizativos a las Administraciones Públicas y que, por ello, hubiera sido deseable la unificación de los regímenes jurídicos del personal funcional y laboral. Habrá que reconocer, sin embargo, que la tendencia unificadora que subyace en el EBEP se ha concretado en este caso en una afirmación de difícil interpretación (*se estará a lo dispuesto en este Capítulo y en la legislación laboral*), dejando en el aire cuál de las dos legislaciones prevalecerá cuando ambas no sean coincidentes o se contradigan abiertamente.

BREVES REFLEXIONES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL EBEP

Una vez realizadas estas breves pero necesarias consideraciones generales, conviene efectuar igualmente una sintética referencia a la regulación de la negociación colectiva en el EBEP

La primera consideración que debemos efectuar es que, **en materia de negociación colectiva, nos encontramos con una materia en la que ha sido el derecho laboral el que ha influido en el estatuto jurídico de los funcionarios**, de manera que en éste, en el que inicialmente no existía la negociación colectiva, ha acabado por introducirse.

En esta materia ha existido un **régimen jurídico diferenciado** para ambos colectivos, pues con anterioridad al EBEP la negociación colectiva de los funcionarios se regía por lo establecido en el capítulo III de la Ley 9/1987, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de

trabajo y participación al personal de las Administraciones Públicas, en tanto que el personal laboral se regía por lo establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores.

En el régimen instaurado en el EBEP se parte de una formulación genérica, que es la contenida en el artículo 31, que determina que "los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo".

Sin embargo, al margen de la posibilidad de utilización de convenios colectivos mixtos para personal laboral y funcionario, se establece un régimen jurídico diferenciado entre el personal laboral y el personal funcionario.

En efecto, el artículo 32 del EBEP establece que el personal laboral se regirá en cuanto a la negociación colectiva "por las disposiciones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo -IV del Título III- que expresamente les son de aplicación."

De esta forma, la negociación colectiva del personal laboral se regirá por lo dispuesto en el Título III del **ET (arts. 82 a 92)**, salvo en los que rige específicamente el EBEP, que son las siguientes materias:

- a.) En lo relativo a las mesas generales de negociación de las administraciones públicas (art. 36
- b.) En relación a las materias objeto de negociación y sus límites, donde será de aplicación lo dispuesto en el art. 37 del EBEP.

En lo que respecta a los pactos y acuerdos colectivos que contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, la consideración y efectos de éstos para el personal laboral será la dispuesta en el art. 83 del ET (art. 38.8), esto es, tendrán la naturaleza de **convenio marco**.

Por fin en lo relativo a los funcionarios públicos, el art. 38 EBP se refiere a la posibilidad de concertar pactos y acuerdos, cuya naturaleza jurídica, según Mauri Majos, será diferente "lo que se produciría a través de un pacto sería un **acto administrativo de carácter general, o a lo sumo, una instrucción** impartida en el marco de una relación típicamente ejecutiva...". Por su parte, **la naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos sería ordinariamente la de una disposición general o reglamento local** elaborado a través de un procedimiento convencional..."

EL PROBLEMA DE LA JORNADA EN EL PERSONAL LABORAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

La actual situación que atraviesa nuestro país y la crisis económica está teniendo una evidente trascendencia en el campo de las relaciones de trabajo, afectando no sólo, como ocurría tradicionalmente al campo del empleo en el sector privado, sino incidiendo de una forma muy intensa en el campo del empleo público, entendiéndose por tal concepto global, tanto al personal funcionario, como al personal laboral al servicio de las distintas Administraciones Públicas y por tanto también a la Administración Local.

Las medidas afectan a múltiples aspectos de las relaciones laborales dentro del sector público, siendo la novedad más llamativa y más traumática, la posibilidad ya clarificada legislativamente de proceder a la utilización de los despidos colectivos en el campo del sector público, cuestión que ha quedado definitivamente regulada tras la aprobación del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para los Despidos Colectivos, que regula en su Título III, Capítulo II el "Procedimiento de despido colectivo aplicable en las Administraciones Públicas a que se refiere el párrafo segundo de la Disposición adicional Vigésima del estatuto de los Trabajadores".

Sin embargo otros aspectos trascendentales han sido también objeto de revisión, entre ellos, los salariales y en lo que aquí nos interesa, los afectantes a la jornada y los tiempos de trabajo y por extensión, quizá con un carácter instrumental con el objeto de conseguir una modificación de tales aspectos cuando venían regulados en Convenios Colectivos, una relativización importantísima de los principios básicos en los que se ha basado la negociación colectiva en nuestro país

Antes de entrar a examinar los distintos supuestos y la regulación actual de la jornada en la Administración Local, conviene poner de relieve la constante y permanente evolución y modificación de la situación legislativa en nuestro país en el último año, por lo que conviene hacer un pequeño recorrido histórico a la hora de examinar el problema en toda su magnitud.

UNA PRIMERA APROXIMACIÓN JUDICIAL A LA FIJACIÓN DE LA JORNADA DE FORMA UNILATERAL POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJCM), num 332/2012, de 17 de abril de 2012 (AS 2012, 944) , justifica la legitimación de la Comunidad Autónoma de Madrid para incrementar la jornada laboral de los empleados públicos de los distintos entes y organismos públicos de dicha Comunidad, incluida la jornada del personal laboral que venía establecida en convenio colectivo.

Siguiendo el muy interesante comentario que sobre la referida sentencia realiza Ruth Vallejo Da Costa, ha de empezar por señalarse que ,el objeto de la controversia era la aplicación de la Ley 6/2011 de 28 de diciembre de Medidas Fiscales y Administrativas .Entre las medidas contenidas en la Ley se incluyó una reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos de la CM, para lo cual, la Disposición Adicional Primera de la misma, acordó que: «a partir de la entrada en vigor de la presente ley, y para el conjunto del sector público (...), la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a 37 horas y 30 minutos. Medida semanal que se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general de la jornada ordinaria».

Según los Sindicatos demandantes las Instrucciones dictadas para la ejecución de la Ley, han incorporado una modificación sustancial de condiciones de trabajo en materia de jornada y retribuciones, así como la consiguiente repercusión de la medida en otros aspectos vinculados al tiempo de ejecución del contrato, como son los turnos, horarios y descansos. Para los demandantes dicha modificación sustancial no puede incorporarse a través de ninguna disposición autonómica, ya que la Ley Autonómica estaría invadiendo una competencia exclusiva del Estado del artículo 149.1.17º CE , por cuanto la regulación de la jornada de trabajo del personal laboral, ya preste sus servicios en la Administración Pública o en una empresa privada, resulta legislación laboral y, como tal, viene establecida en el artículo 34.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que dispone que: «la duración de la jornada de trabajo será la pactada en convenio colectivo o en contrato individual».

Por otra parte, los sindicatos demandantes entienden que se ha producido una lesión del derecho fundamental a la libertad sindical (artículo 28 CE) en conexión con el artículo 37 CE, del derecho a la negociación colectiva.

La sentencia aborda estas cuestiones y, en primer lugar, en el terreno de la distribución de competencias entre el Estado y las CCAA para la regulación de la jornada de trabajo del personal a su servicios, la Sala entiende que, partiendo del hecho de que es competencia exclusiva del Estado, a través del artículo 34.1 del ET, la fijación de la duración de la jornada máxima legal, de 40 horas de promedio en cómputo anual, dentro de ese límite, la duración concreta de la jornada laboral de las distintas administraciones públicas, es competencia de éstas.

El segundo argumento que se utiliza para fundamentar de manera más precisa la competencia de las Administraciones Públicas para fijar -y modificar- no solo las condiciones de trabajo del personal funcionario, sino también del personal laboral, parte del objetivo pretendido del EBEP de unificar los regímenes jurídicos de uno y otro colectivo, tal como declara el Preámbulo de la norma.

Sentado lo anterior, es decir, la capacidad de las Administraciones Públicas de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo del personal a su servicio, no sólo del personal funcionario y estatutario, sino también del personal laboral, la Sala pasa a analizar la segunda cuestión planteada por los sindicatos como es la posible vulneración del artículo 37 CE en relación con el artículo 28 CE.

La sentencia trae a colación la STC 210/1990, de 20 de diciembre (RTC 1990, 210) , en la que se establece que del artículo 37 (CE no emana ni deriva una supuesta intangibilidad o inalterabilidad

del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevinida, lo que no puede confundirse con la fuerza vinculante del Convenio Colectivo. Así, pues, en virtud del principio de jerarquía normativa, el convenio colectivo debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico, y no al contrario (cita en el mismo sentido SSTC 177/1988 [RTC 1988, 177] ; 171/1989 [RTC 1989, 171] ; 92/1994 [RTC 1994, 92] ; 62/2001 [RTC 2001, 62] y ATC 34/2005 [RTC 2005, 34 AUTO]). En consecuencia, concluye la Sala, con iguales argumentos a los transcritos debe concluirse que la Ley 6/2011 (LCM 2011, 269) de la CM no contraviene el derecho fundamental alegado en la demanda.

Por fin, los sindicatos alegan en su demanda que el establecimiento de la jornada de 37 horas, 30 minutos, por parte de la CM, suponía una modificación sustancial de condiciones de trabajo que, al no seguir los trámites del artículo 41 ET, debía considerarse nula.

Al respecto la Sala entiende que, en este caso, no procede tal declaración de nulidad, pues la misma se refiere solo a los casos en que la modificación de condiciones de trabajo se produce por iniciativa unilateral de la empresa, lo que no es el presente, donde no cabe duda de que la medida impugnada trae causa directa y obligada de una ley y, por tanto, no precisa de la indicada tramitación procedimental estatutaria, como tampoco lo requirió en su día la adaptación que debieron hacer las empresas para dar efectividad a la jornada laboral de 40 horas semanales establecidas por Ley 4/1983, de 29 de junio, que llevó al TC en Sentencia 210/1990 (RTC 1990, 210)

LA NUEVA REGULACION DE LA JORNADA EN 2011

En materia de jornada la primera norma que debemos examinar y cuya aplicación dio lugar a una intensa polémica es la contenida en el **Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, norma que en su artículo 4, contenía una “Reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos.”, según la cual: “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.**

Esta media semanal se entenderá sin perjuicio de las jornadas especiales existentes o que, en su caso, se establezcan, que experimentarán las adaptaciones necesarias para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.”

El problema que generaba esta nueva regulación era doble, de un lado se trataba de determinar si la nueva jornada era aplicable en la Administración local, de otra parte había que decidir si resultaba aplicable al personal laboral o exclusivamente al personal funcionario.

Las opiniones fueron ciertamente contradictorias, lo que introdujo un factor de inseguridad jurídica, poco beneficioso en tiempos de crisis donde la seguridad jurídica y la certeza deben ser un valor consolidado.

Nada más publicarse esta norma, una Circular de la FEMP, sostuvo que “Aunque el Real Decreto-Ley circunscribe la aplicación de esta reordenación de la jornada al sector público estatal, tiene también su incidencia, aunque limitada, en el sector público local. En efecto, en virtud del artículo 94 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración Local será en cómputo anual la misma que la fijada para los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

Teniendo en cuenta que el citado artículo 94 se refiere exclusivamente a los funcionarios locales y que la equivalencia de su jornada con la de los del Estado se hace en cómputo anual, a partir del 1 de enero de 2012 la jornada de trabajo de los funcionarios públicos locales no podrá ser inferior a mil seiscientos cuarenta y siete horas anuales (según el apartado Segundo.1 de la Resolución de 20 de diciembre 2005 este es el número de horas anuales equivalente a las 37 horas y 30 minutos semanales).”

Por el contrario, un **Informe de la CSIF**, mantenía una tesis diametralmente opuesta, según la cual “Así pues, se hace preciso realizar una interpretación conjunta de la normativa concurrente, a

través de la cual, claramente, se llega a la conclusión de que el artículo 4 del RDL 20/2011 no afecta a la jornada existente en la actualidad en las Entidades Locales (EELL), así como, tampoco a los de las Comunidades Autónomas (CCAA).

Para sustentar dicha afirmación se basaban en las siguientes afirmaciones:

a) De una dicción literal del artículo 4º del RDL 20/2011 se aprecia que va dirigido exclusivamente “al sector público estatal”, para posteriormente aclarar que el traslado de esta medida a “la Administración General del Estado” requiere de una negociación previa en la Mesa General de Negociación, es decir, tampoco tiene una aplicación automática en este ámbito. En conclusión, en ningún momento se realiza mención alguna a la Administración Local.

b) Al contrario de “la coetilla” existente en los artículos 2 y 3 (retribuciones, OPE) del RDL 20/2011, relativa a que tienen carácter básico (y por tanto de aplicación al conjunto de las Administraciones Públicas), en el artículo 4º, no aparece la referida expresión.

c) A pesar de que, formalmente, todavía está en vigor el artículo 94 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, que remite a la jornada establecida en la AGE, entendemos que la entrada en vigor del EBEP supone su derogación implícita, **ya que el artículo transcrito Art. 47 habla del conjunto de las Administraciones Públicas, sin distinción alguna, algo que hay que completar con el artículo 37.1 m), del EBEP, que incluye “la jornada” como materia de obligada negociación en cada ámbito de negociación correspondiente. -cada Entidad Local está obligada a constituir una Mesa de Negociación-**

d) Conforme a la Disposición Derogatoria única del EBEP, letra g), quedan derogadas “Todas las normas de igual o inferior rango que contradigan o se opongan a lo dispuesto en este Estatuto”. Y, a nuestro entender, el artículo 94 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local entra en contradicción con el 47 y 37 del EBEP.”

La existencia de estos criterios contradictorios provocó que se elevara una consulta a la Dirección General de Políticas Locales, planteada en los siguientes términos “ La jornada de trabajo de 37,5 horas establecida en el artículo 4 del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, es de aplicación sólo y exclusivamente al personal funcional o, por el contrario, es también extensible al personal laboral, como empleados públicos.”

La Dirección General, empezó por señalar, respecto a la controversia a la que antes nos referimos, que “ Desde estos servicios jurídicos consideramos que el artículo 94 de la LBRL no se opone si no que es compatible con los artículos 37 y 47 del EBEP, ya que permite que sean las Entidades Locales las que determinen la jornada general y las especiales de sus funcionarios públicos, aunque dentro de los límites que marca aquél: que en cómputo anual resulte la misma jornada que la establecida para los funcionarios de la Administración del Estado.”

No obstante y en lo que a nosotros nos interesa, realiza inmediatamente una importante matización, al señalar que “Sentado lo anterior, resulta que el artículo 94 de la LBRL sólo dispone la aplicación, en cómputo anual, de la jornada de trabajo de los funcionarios de la Administración General del Estado a los funcionarios de Administración Local.

Los funcionarios, según la clasificación establecida en el artículo 8 del EBEP, son una de las clases en las que se encuadran los empleados públicos. Junto a ella, el mismo artículo cita al personal laboral y al personal eventual, como clases diferenciadas.

Por tanto, dado que la jornada de trabajo establecida por el artículo 4 del Real Decreto-Ley 20/2011 solo es de aplicación en las Administraciones locales en virtud de lo establecido en el artículo 94 de la LBRL y este solo prevé tal aplicación a los funcionarios de Administración Local, concluiremos que esa jornada de trabajo sólo resulta de aplicación a esta clase de empleados públicos y no a las restantes, es decir, no es de aplicación ni al personal laboral ni al personal eventual de las Entidades Locales.”

Esta misma conclusión la podíamos leer en el “Consultor de los Ayuntamientos”, cuando señalaba que “hay que tener en cuenta que el art. 94 LBRL, se refiere solo a los funcionarios públicos; y, por tanto, solo estos quedan obligados por esta norma; pudiendo las Administraciones Locales negociar y pactar con los sindicatos la jornada de los trabajadores laborales. Y, en este momento, se produce una nueva diferenciación de trato para este colectivo —que queda en mejor situación

que los funcionarios—, ya que no se les puede imponer una norma que no les recoge de forma expresa.”

La reciente sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Sevilla de 18 de octubre de 2012, ha desestimado la posible inclusión de las corporaciones locales en el RDL 20/2011, señalando que “El sindicato demandante impugna la aplicación de jornada decidida por el Ayuntamiento demandado. Esta decisión se funda en que dicha ampliación resulta obligatoria para el Ayuntamiento en virtud, en primer término, del R.D.L. 20/11. Se alega por el demandado que tanto la exposición de motivos de dicha norma, como su artículo 2, disponen que va dirigida a la totalidad del sector público, con inclusión en el mismo de las corporaciones locales. Sin embargo la exposición de motivos carece de efecto normativo, vinculante, debiendo acudir a ella solo a los meros efectos interpretativos cuando la oscuridad o la antinomia de su articulado lo hagan preciso, lo que como se verá a continuación no es el caso.

Por su parte el artículo 2 establece que las corporaciones locales constituyen sector público tan solo a efectos de las retribuciones del personal, lo que no es el caso que nos ocupa. El hecho, de que el propio artículo 2, que regula solo dichas retribuciones, se ocupe de definir lo que ha de entenderse por sector público, ya nos muestra que ese concepto de sector público no es único para todas las materias que regula el R.D.L. 20/11 pues en otro caso hubiera hecho una declaración general de lo que ha de entenderse por sector público, a todos los efectos resultantes del R.D.L. 20/11.

En efecto, sigue este, criterio distintivo en sus efectos cuando en el artículo 4, dedicado específicamente al objeto de este litigio, es decir a la reordenación del tiempo de trabajo de los empleados públicos, estableciendo una jornada de 37,5 horas semanales, al expresar que será aplicable al sector público estatal, del que no forman parte las corporaciones locales. El empleo del vocablo estatal introduce el criterio diferenciador con lo establecido en el artículo 2. Queda pues claro que la norma, para las retribuciones, es de aplicación al sector público, sin adjetivos y con expresa indicación de las entidades que lo componen, con inclusión de las locales, lo que se hacía precisó ante la generalidad del término "sector público". **No así en el artículo 4, dedicado a la jornada, que se limita a aplicarlo al sector público estatal, sin necesidad de precisar qué entidades lo componen, pues el adjetivo estatal ya excluye a los organismos locales y a las comunidades autónomas. No cabe por tanto acudir a una interpretación integradora con otras partes de la norma cuando la que es objeto de interpretación, el artículo 4, no deja margen a la duda, por indicar expresamente el sector al que resulta aplicable, que no es otro que el estatal.”**

LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO PARA 2012

La situación sufre un cambio de dirección con la aprobación de LEY 2/2012 de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado, que en su **Disposición adicional septuagésima primera, regula la “Jornada general del trabajo en el Sector Público.”**, estableciendo que **“A partir de la entrada en vigor de esta Ley, la jornada general de trabajo del personal del Sector Público no podrá ser inferior a treinta y siete horas y media semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual.”**

Para acabar con las anteriores dudas, la norma se encarga de aclarar que conforman el Sector Público: “La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.”

Por otra parte se establece que “Asimismo, las jornadas especiales existentes o que se puedan establecer, experimentarán los cambios que fueran necesarios en su caso para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria.” Y que “En todo caso, las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrán incremento retributivo alguno.”

Dos. **Con esta misma fecha, queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes en los entes, organismos y entidades del Sector Público indicados en el apartado anterior, que contradigan lo previsto en este artículo.**

Tres. Esta disposición tiene carácter básico y se dicta al amparo de los [artículos 149.1.7ª, 149.1.13ª y 149.1.18ª de la Constitución española.](#)”

Las notas sustantivas, así como alguno de los problemas que se suscitan, de ese régimen jurídico son, siguiendo a Jiménez Asensio, las siguientes:

a) Desde una perspectiva de títulos competenciales, se trata de una regulación que se dicta al amparo de los artículos 149.1.7 (legislación laboral), 149.1.13 (ordenación general de la economía) y 149.1.18 CE (bases del régimen jurídico del personal funcionario). Por tanto, al tener la consideración de normas básicas “desplazan temporalmente” las normas aplicables en ese ámbito.

b) Lo anterior se confirma porque a partir de la entrada en vigor de esta LPGE 2012 queda suspendida la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horarios contenidas en Acuerdos, Pactos y Convenios vigentes que contradigan lo previsto en esa disposición. Adviértase que la suspensión no es solo de las previsiones relativas a jornada, sino también de los horarios (lo que obligará a replantear completamente el instrumento técnico del calendario laboral), en cuanto contradigan lo expuesto en la LPGE. Esta “suspensión” se presume que es temporal, extendiendo sus efectos a la vigencia de la LPGE 2012

c) Entrando en el contenido material, la LPGE 2012 establece de forma categórica que la jornada de trabajo del personal del sector público no podrá ser inferior a 37 horas y media semanales de trabajo efectivo en cómputo anual. Y, asimismo, se indica que su aplicación deberá ser inmediata tras su entrada en vigor.

d) Más complejidades se pueden presentar, dado que el calendario laboral, la jornada y los horarios, son materias objeto de negociación colectiva (artículo 37.1 m) del EBEP), por lo que si no se ha sido predictor y se ha abierto ese proceso de negociación con carácter previo (esto es, durante la tramitación parlamentaria de la LPGE 2012), se habrá de negociar de forma inmediata una vez se produzca la entrada en vigor de la norma, puesto que cuanto más tarde finalice ese proceso peores consecuencias en cuanto a distribución semanal de horas tendrá para los empleados públicos. Es obvio que la negociación no representa necesariamente llegar a acuerdos con los representantes sindicales, pero sí se ha de negociar de buena fe y con voluntad de intentar el acuerdo, aunque en estos momentos la posición de los agentes sociales (completamente contraria a esa ampliación de jornada) no facilitará precisamente esos acuerdos.

e) La LPGE 2012 extiende esa medida a todo el sector público y, por lo que ahora importa, a todas las entidades que integran la Administración Local, así como a sus organismos autónomos, entidades mercantiles, consorcios, fundaciones públicas y sociedades mercantiles (que dispongan de una participación de capital público superior al 50 por ciento del total). La extensión de esta medida es, por tanto, absoluta al sector público local.

f) La regulación tiene por objeto la jornada general (o también denominada ordinaria), lo que implica el mantenimiento de las jornadas especiales, aunque estas “experimentarán los cambios que fueran necesarios para adecuarse a la modificación general en la jornada ordinaria”. En suma, las jornadas especiales (y, por consiguiente, los horarios de estas) tienen también que modificarse de acuerdo con esos parámetros de cómputo anual. Esto complica sobremanera la gestión de la aplicación de la jornada (y de los horarios) por parte de las unidades de recursos humanos de las Administraciones Locales, puesto que deberán llevar a cabo un esfuerzo de adaptación también en lo que afecta a las jornadas especiales.

g) Asimismo, se establece que “las modificaciones de jornada que se lleven a efecto como consecuencia del establecimiento de esta medida, no supondrá incremento retributivo alguno”. Precisión que puede resultar obvia, pero que realmente esconde lo que la medida significa: una pérdida retributiva de los empleados públicos puesto que el valor hora se verá inevitablemente afectado a la baja.

Dictamen 9/2012, de 2 de agosto, sobre la disposición adicional septuagésima primera de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de presupuestos generales del Estado para el año 2012.

El Gobierno de la Generalitat, en la solicitud de dictamen, indica que la disposición adicional septuagésima primera LPGE 2012 modifica la actual previsión del artículo 47 del Estatuto básico del empleado público aprobado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, que reconocía la competencia

de cada Administración para establecer la jornada de trabajo de sus empleados. Y añade que invoca para dar cobertura a sus prescripciones las competencias que el artículo 149.1.7, .13 y .18 de la Constitución reservan al Estado, aunque, de acuerdo con la doctrina fijada hasta hoy por el Tribunal Constitucional, la determinación de la jornada de trabajo de los empleados públicos no formaría parte del régimen básico de los empleados públicos. Asimismo, señala que, de acuerdo con el artículo 136 del EAC, la Generalitat de Catalunya ha asumido la competencia propia para establecer el régimen estatutario de los empleados públicos de la Generalitat de Catalunya.

En consecuencia, se solicita dictamen a fin de que el Consell analice si las determinaciones de la disposición adicional septuagésima primera se ajustan a los preceptos de la Constitución y del Estatuto de autonomía de Cataluña citados o de cualquier otro que el Consell de Garanties Estatutàries estime oportuno considerar.

Se comienza recordando que **“El Tribunal Constitucional ha mantenido, a lo largo de una consolidada jurisprudencia, el carácter no intercambiable de los títulos competenciales, así como la imposibilidad de que una norma se ampare en una pluralidad de títulos habilitantes y la consiguiente necesidad de determinar en los supuestos de concurrencia o invocación de diversos títulos cuál es el prevalente en cada caso, teniendo en cuenta la razón o finalidad de la norma atributiva de competencias y el contenido del precepto cuestionado y respetando el criterio de prevalencia del título más específico (véanse, por todas, las STC 8/2012, de 18 de enero, FJ 3, y 87/1987, de 2 de junio, FJ 2; y también los DCGE 5/2012, de 3 de abril, FJ 3.1, y 7/2012, de 8 de junio, FJ 2.1).”**

Para el Consejo la norma no puede encontrar su ubicación dentro de la genérica competencia estatal de ordenación general de la economía del artículo 149.1.13 CE.

Por lo que procede a analizar si la regulación que contiene la disposición objeto de dictamen puede encuadrarse en las competencias sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos (artículo 149.1.18 CE) y sobre la legislación laboral (artículo 149.1.7 CE).

En lo que al personal laboral se refiere señala el Consejo que **“4. Finalmente, nos corresponde examinar si la disposición adicional objeto de dictamen encuentra amparo constitucional en el artículo 149.1.7 CE, que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación laboral, en la medida en que la disposición cuestionada prevé también su aplicación al personal laboral del sector público.**

Con este objetivo, debemos señalar, como ya declaramos en el Dictamen 5/2012, de 3 de abril (FJ 3), que **la materia laboral debe ser entendida en el sentido restrictivo que le ha atribuido el Tribunal Constitucional, lo que comporta limitar el contenido de la competencia del Estado sobre la legislación laboral (STC 35/1982, de 14 de junio, FJ 2, y DCGE 5/2010, FJ 2) específicamente a la normativa que regula directamente la relación laboral, es decir, para recoger los términos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, la relación que media entre los trabajadores que presten servicios retribuidos por cuenta ajena y los empresarios, en favor de los que y bajo la dirección de quienes prestan estos servicios (STC 360/1993, de 3 de diciembre, FJ 4), o también a la que concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores en el seno de la relación laboral (STC 95/2002, de 25 de abril, FJ 8).**

En lo que interesa a nuestro Dictamen, de acuerdo con esta delimitación y haciendo uso de la competencia del artículo 149.1.7 CE, el Estado ha regulado en el Estatuto de los trabajadores la jornada máxima de trabajo, fijada en cuarenta horas semanales, y también los tiempos máximos de trabajo continuado y otros aspectos de la dimensión temporal de la relación laboral directamente relacionados con la garantía de los derechos de los trabajadores, sin hacer referencia alguna a la duración mínima de la jornada laboral. Con respecto a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral, el artículo 51 EBEP, en lógica armonía con el régimen de jornada de los funcionarios públicos, dispone que hay que estar a lo que, para los funcionarios, determina el propio capítulo V (concretamente, el citado artículo 47 EBEP, que la deja en manos de las administraciones públicas) y a la legislación laboral. Una remisión que consideramos que debe entenderse como referida a la garantía de respeto de la jornada máxima que fija el Estatuto de los trabajadores.

De modo congruente con esta regulación, en el ámbito del sector público, el EBEP remite, asimismo, a la negociación la cuantificación de la jornada de trabajo del personal laboral al

servicio de las administraciones públicas y unifica en este aspecto concreto el régimen aplicable a los funcionarios y al personal laboral, sin perjuicio de que esta negociación deba manifestarse posteriormente en la norma que corresponda, de aplicación general a todos los empleados públicos (artículos 54, 47, 37 y 36 EBEP).

De lo anterior se desprende que la fijación de la duración de la jornada de trabajo del personal laboral del sector público no es objeto propio de la legislación laboral en el sentido, según hemos visto, que le atribuye la jurisprudencia constitucional, puesto que no constituye una regulación directa de las relaciones que existen entre el trabajador y el empresario -en este caso, la Administración- para el que trabaja, sino que la propia norma reguladora del estatuto del personal al servicio de la Administración (artículos 47 y 51 EBEP) la concibe como una materia que pertenece a la competencia de la Administración para organizar sus servicios.

Por esta razón, el artículo 47 EBEP y, a través suyo, el artículo 51 EBEP remiten a cada Administración la regulación concreta de la jornada y, específicamente, su cuantificación mínima.

En el ámbito de la Generalitat, esta potestad de autoorganización se proyecta sobre las condiciones de trabajo de los empleados del sector público, laborales y funcionarios, en el artículo 136.a EAC.

En consecuencia, la disposición adicional septuagésima primera LPGE 2012 no encuentra amparo en la competencia del Estado del artículo 149.1.7 CE e invade la competencia de la Generalitat del artículo 136.a EAC.”

DIFERENCIA DE LOS REGÍMENES GENERALES DE INAPLICACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS.

Como acabamos de ver y después analizaremos con mayor detenimiento, una de las técnicas utilizadas por el legislador para establecer la jornada en las Administraciones públicas pasa, además de por el establecimiento de dicha jornada, por la suspensión, inaplicación etc. de los acuerdos contenidos en los convenios colectivos, por lo que resulta conveniente realizar algunas consideraciones acerca de los medios jurídicos de los que disponen las Administraciones públicas para desvincularse de lo previamente pactado.

En el caso de los funcionarios públicos el art. 38 10 EBEP establece que “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.

Como ha señalado Palomar Olmeda, existe un claro desequilibrio a favor de la Administración en la negociación funcional, que es lógico dado el papel constitucional que cumple. El desequilibrio se manifiesta en este caso en su capacidad para desvincularse de lo previamente negociado. En todo caso, se trata de un concepto jurídico indeterminado (causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas) que deja amplios márgenes de libertad para la Administración, no solo a la hora de apreciar la concurrencia del supuesto de hecho habilitante de la norma, sino también a la hora de determinar las medidas concretas afectadas por la desvinculación, que, tal como se deriva de la dicción del propio precepto, pueden ser todas aquellas que tengan o puedan tener una repercusión económica para la Administración. Dicho precepto aplica en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios públicos la cláusula rebus sic stantibus, que excepcionalmente permite a la Administración revisar, suspender o modificar unilateralmente las obligaciones pactadas en la negociación colectiva, cuando se produzca una alteración sustancial de las circunstancias económicas, fundamentada en el interés público (STSJ de Madrid, de 6 de julio de 2011, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 3.ª).

Mayores problemas planteaba, la posibilidad de que la Administración pretenda desvincularse de lo previamente negociado en un convenio colectivo para su personal laboral.

En este caso no resultaba aplicable la cláusula de descuelgue directo que prevé el artículo 38.10 EBEP, pues la misma solo se refiere a los pactos y acuerdos funcionariales

La **STS, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2011** declara, en este sentido, que el art. 38.10 del EBEP no ampara la desvinculación de lo pactado en un convenio colectivo suscrito por la Administración y el personal laboral. En este orden de ideas, siguiendo la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, afirma que "en cuanto parte de las relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que le impone el artículo 103 (CE), (debiendo) atenerse a la normativa general y sectorial que regula la contratación en el Derecho del Trabajo. (En idéntico sentido, actúa) el artículo 32 del EBEP, (del que) se infiere que por lo que respecta al personal laboral de las Administraciones Publicas, el criterio legal de interpretación que sigue el EBEP es la remisión a la legislación laboral. Pues bien, excepto por lo que se refiere al artículo 31 sobre "principios generales" y al apartado 8 del artículo 38 del EBEP, todos los demás preceptos del Capítulo IV (artículos 33 a 45) regulan la negociación colectiva del personal funcionario, pero no del personal laboral, que se rige por la legislación laboral estrictamente considerada, en concreto, y por lo que aquí interesa, por el artículo 82 del Estatuto de los Trabajadores. Y si a ello añadimos que ante todo se ha de tener en cuenta que los Convenios Colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una verdadera fuente de Derecho, la conclusión a la que hemos de llegar (es idéntica; es decir, que) el repetido artículo 38.10 del (EBEP) no resulta de aplicación al personal laboral de dichas Administraciones" (FJ 4.o). De igual modo, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de julio de 2011 afirma que "resulta de la regulación del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, contenida en el EBEP, una distinción que consideramos relevante en relación con los efectos de los Acuerdos que se alcancen sobre las condiciones de trabajo, según se trate de personal funcionario o personal laboral, pues el artículo 38.7 EBEP establece que los efectos de lo acordado en relación con los funcionarios serán los previstos en la propia norma del EBEP, mientras que la consideración y alcance de los Pactos y Acuerdos para el personal laboral será el previsto en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores, que se remite al tratamiento reconocido en el Estatuto para los convenios colectivos" (FJ 5.o). El ATC 85/2011, de 7 de junio, da respuesta al Auto de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, de 28 octubre de 2010, sin entrar si el art. 38.10 EBEP es aplicable solo a los funcionarios o también al personal laboral, porque es una cuestión de estricta legalidad ordinaria. Pero hay que volver a subrayar que el citado Auto de la AN considera que el mecanismo aplicativo de la denominada cláusula rebus sic stantibus que introduce el citado art. 38.10 del EBEP en el sistema de la negociación colectiva se refiere exclusivamente a los acuerdos de funcionarios, precisamente, debido a que el apartado octavo del mismo artículo afirma que la consideración y efectos previstos en el art. 38 EBEP corresponde exclusivamente a los funcionarios públicos, mientras que para el personal laboral habrá que estarse a lo dispuesto en el art. 83 ET."

Ya la Sala de lo Social, en su sentencia de 26 de abril de 2007, había rechazado la aplicación de la cláusula rebús sic stantibus en la negociación colectiva laboral. Se señalaba en la referida sentencia que: "es cuestión muy controvertida la relativa a la incidencia de la modificación sobrevenida de las circunstancias en el ámbito del Derecho del Trabajo; y mas singularmente sobre las obligaciones pactadas en Convenio Colectivo. (Pero) si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula -.rebus sic stantibus.- tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET] . Hasta el punto de que la teoría [.rebus sic stantibus.] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa .ex. art. 37 CE; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula .rebus sic stantibus. habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o

modificación por unilateral voluntad de la Empresa" (FJ 3.o; en idéntica dirección, entre otras, STS, Sala de lo Social, de 14 de octubre de 2008). Trasladando esta argumentación del sector privado al personal laboral del público, la fuerza vinculante del art. 37.1 CE se podría erigir como límite a estas modificaciones unilaterales de la Administración Pública, sin que las causas tan amplias de la DA 2a RDL 20/2012 puedan ejercer de clausula rebus sic stantibus en la negociación colectiva. Las exigencias del art.37.1 CE, aplicable al personal laboral, impediría a la Administración ejercer este amplio poder unilateral del art.32.2 EBEP, al ser una restricción injustificada, desproporcionada y grave de la fuerza vinculante de los instrumentos convencionales vigentes y suscritos por ambas partes. Por tanto, respecto al personal laboral, los cambios introducidos en el RDL 20/2012, art. 32.2 EBEP y su DA 2a, podrían ser considerados inconstitucionales por vulneración del art. 37.1 CE, específicamente de la fuerza vinculante garantizada a los convenios colectivos."

La situación se ha visto sustancialmente modificada tras la Ley 3/2012 de 6 de julio que realiza una regulación novedosa de lo que tradicionalmente se ha conocido como "descuelgue" del convenio o inaplicación del mismo, regulación que es de plena aplicación a los convenios colectivos del personal laboral al servicio del sector público.

En efecto, vamos a poder encontrar en el Derecho vigente varios dispositivos destinados a producir un mismo efecto, que en una empresa dejen de aplicarse disposiciones determinadas del convenio en cuyo ámbito de aplicación se encuentra. Son éstas (que no son siempre alternativas entre sí):

- a) La inaplicación del convenio colectivo estatutario, recogida en el artículo 82.3 ET
- b) La inaplicación del convenio colectivo extraestatutario, prevista en el 41 ET
- c) La inaplicación del convenio por negociación de nuevo convenio
- d) La inaplicación del convenio por aplicación preferente del convenio de empresa, establecida en el artículo 84.2 E.T."

La vía que aquí nos interesa es la del nuevo art. 82.3, esto es la inaplicación del convenio colectivo estatutario.

En cuanto a su caracterización general:

a) La técnica del "descuelgue" se nos presenta como un régimen excepcional, un mecanismo que deroga la regla general sobre la eficacia del convenio, según la cual : "los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia", previsión que responde a la "fuerza vinculante de los convenios" a la que se refiere el art. 37.1 CE .

b) Es una figura que supone una excepción a la regla de la eficacia personal general del convenio, en tanto habrá empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, a los que sin embargo no se aplicará el convenio.

c) En lo referente al ámbito material de aplicación, conviene aclarar que el tipo de convenio que puede ser inaplicado, es el estatutario. Así lo indica de manera indiscutible el artículo 83.2, que comienza con una referencia a "los convenios colectivos regulados por esta Ley", siendo esta redacción, en una peculiar interpretación contrario sensu, la que en su momento sirvió de base legal para apoyar la construcción de la figura del convenio extraestatutario.

d) Por fin y dentro de los convenios potencialmente afectados por la inaplicación, el legislador laboral distingue por naturaleza jurídica, no por ámbito, hablándose del "convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa"; de tal modo, este instrumento puede utilizarse en principio para separarse de cualquier convenio de la numerosa tipología que encontramos en nuestro país. Esto incluye a los convenios de empresa, a los que se cita expresamente, lo que dará lugar a la figura del "autodescuelgue".

Dentro de las materias que pueden ser objeto de "descuelgue" se produce una ampliación importante, por cuanto ya no sólo se referirá a los aspectos salariales tal y como venía recogiendo desde la reforma laboral de 1994, sino que realiza una ampliación muy importante de materias, incorporando aquéllas que anteriormente exigían acudir a las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo del art. 41 E.T, entre las que se encuentran:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.

El art. 82.3 exige determinadas causas para que esta figura pueda utilizarse, concretamente, según la nueva redacción, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Lo que resulta más importante a los efectos de la problemática que estamos analizando es que, para poder proceder a la inaplicación del convenio se exige el acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo según establece el art. 87.1, sin que la empresa, en este caso una Administración pública, pueda adoptar dicha medida de forma unilateral.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 del E.T., para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

La novedad más importante, contenida en la nueva regulación del art. 82,3 ET es precisamente el procedimiento de gestión del desacuerdo, cuando hayan fracasado las herramientas citadas más arriba, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de las CCAA, según sea el ámbito del convenio, quien deberá resolver directamente o mediante el nombramiento de un árbitro en el plazo de 25 días. La decisión que se adopte tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Como pone de relieve Josefina Cantero “Las soluciones previstas por el ordenamiento laboral para facilitar la inaplicación de las cláusulas del convenio colectivo pueden, no obstante, plantear algunas disfunciones cuando se intenten aplicar al ámbito de la Administración local, al no haber sido tenidas en cuenta suficientemente las peculiaridades que se derivan de su posición institucional.

También puede plantear problemas la aplicación de las fórmulas previstas para la solución de los conflictos en caso de enquistamiento durante el período de consultas, cuando el Ayuntamiento no se ponga de acuerdo con los sindicatos. Las soluciones que ha aportado la reforma para el ámbito empresarial son nuevamente de difícil traslado a la Administración local.”

LA ÚLTIMA VUELTA DE TUERCA

La última vuelta de tuerca viene recogida en el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

En su Preámbulo encontramos la justificación de la reforma, cuando señala que “También se posibilita, en este caso con carácter excepcional, la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, sólo cuando concurra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas. Este mecanismo ya estaba previsto en el Estatuto Básico del Empleado Público y la modificación que ahora se introduce no hace sino aclarar su ámbito de aplicación y homogeneizar su tratamiento, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas

generales de negociación o a través de la negociación colectiva de personal laboral. En todo caso, se entenderá, entre otras causas o circunstancias, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.”

Dos son los preceptos que deben centrar nuestro interés de un lado el Artículo 7 por el que se añade un párrafo segundo al artículo 32 de la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público con la siguiente redacción: 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.»

Recordemos que hasta la reforma el art. 32 del EBEP, se limitaba a señalar que “La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación.”

El precepto reformado ha de ponerse en relación con la Disposición adicional segunda. Cuando aclara que “A los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

Por otra parte el artículo 16, establece con carácter general que “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 públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título.

Como afirma Rodríguez Piñeiro Royo “Finalmente, el artículo 16 afirma que “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 públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título”.

Se trata de una inaplicación unilateral, que se produce sin necesidad de seguir procedimiento alguno y al margen de las disposiciones vigentes que regulan el Derecho a la negociación colectiva de los empleados públicos. El RDL 20/2012 habla indistintamente de “suspender” y de “dejar de tener efectos”, como queriendo dar a entender que no se derogan las normas colectivas afectadas, sino que simplemente dejan de aplicarse. Las diferencias entre ambas vías son, sin embargo, notorias, en tanto cuando se suspende algo siempre puede volver a tener efectos, algo que no ocurre cuando directamente se priva de efectos a una norma sin más indicaciones. En todo caso, da la impresión de que se quiere evitar la imagen de una medida demasiado drástica, y se intenta presentarla como algo provisional.

Este carácter temporal que se pretende de la suspensión o pérdida de efectos sería coherente con la provisionalidad que el Gobierno quiere atribuir a estas medidas restrictivas de derechos económicos de los funcionarios públicos: afirma en este sentido la Exposición de Motivos del RDL 20/2012 que “parte de estas medidas tiene carácter temporal o está prevista su aplicación sólo cuando concurren circunstancias excepcionales, quedando supeditada su vigencia a la subsistencia de la difícil coyuntura económica actual que afecta a la sostenibilidad de las cuentas públicas o a que razones de interés público hicieran necesaria su aplicación en el futuro”.

El problema que plantea la nueva regulación es su conformidad con el derecho a la negociación colectiva, por lo que habría que aplicar la doctrina establecida, entre otros, en el Auto del Tribunal

Constitucional 85/2011, de 7 de junio, dictado a resultas del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en relación con los artículos 22.4 y 25 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales del Estado para 2010, en la redacción dada por el artículo 1 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, y con la disposición adicional novena del citado Real Decreto-ley.

Recuerda el Tribunal (Fundamento 7) que la fuerza vinculante de los convenios “emana de la Constitución, que garantiza con carácter vinculante los convenios, al tiempo que ordena garantizarla de manera imperativa al legislador ordinario” (STC 58/1985, de 30 de abril, Fundamento 3).

Y en el Fundamento 8 del ATC 85/2011 dice el Tribunal que “del artículo 37.1 de la Constitución española no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, F. 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (ibídem; en el mismo sentido, SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 2; 92/1994, de 21 de marzo, FJ 2; y 62/2001, de 1 de marzo, FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero, FJ 5).

LA EXTENSIÓN DE LOS MECANISMOS DE DESVINCULACIÓN DEL CONVENIO AL PERSONAL LABORAL.

Según señalan los Profesores Lahera Forteza y Valdés Alonso” Es decir, se ha trasladado la posibilidad técnica de suspensión y modificación unilateral de la Administración Pública de los convenios, acuerdos y pactos colectivos del art.38.10 EBEP de los funcionarios también al personal laboral en el art.32.2 EBEP, con idéntica redacción, mencionando la alteración sustancial de circunstancias económicas y la salvaguarda del interés público. Los arts.38.10 y 32.2 EBEP hacen viable la suspensión y modificación unilateral administrativa de convenios, acuerdos y pactos colectivos en el sector público, afectando a funcionarios y al personal laboral.

La novedad, a su vez, del RDL 20/2012 en esta materia es la mayor definición de la alteración sustancial de las circunstancias económicas de los arts.38.10 y 32.2 EBEP en su DA 2a. Se entiende que concurre esta causa de modificación unilateral en ambos preceptos cuando las Administraciones Públicas deban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. Dada la situación de crisis económica y los objetivos comprometidos con la Unión Europea de reducción del déficit público, esta definición supone dejar prácticamente en manos de las Administraciones Públicas el contenido de los convenios, pactos y acuerdos colectivos en el sector público, lo que afecta tanto a funcionarios (art.38.10 EBEP) como a personal laboral (art.32.2 EBEP). El interés público salvaguardado con estas decisiones de órganos de gobierno de las Administraciones Públicas se asocia con los planes de ajuste, el reequilibrio de las cuentas públicas, la estabilidad presupuestaria y la reducción del déficit.

Ello no descarta que las Administraciones Públicas sean las que tengan que justificar y documentar estas razones cuando adopten este tipo de decisión, con un control judicial si la medida es impugnada. En este sentido, bien que con el marco jurídico anterior, la antes citada STS, Sala de lo Social, de 28 de septiembre de 2011 declara que "aun cuando a efectos meramente dialecticos, aceptásemos la idoneidad del artículo 38.10 EBEP como mecanismo de excepción para dejar sin efecto el contenido (de un convenio colectivo del personal laboral), igualmente procedería la desestimación del recurso, en cuanto que, dados los términos de excepcionalidad en que está redactado el precepto, la concurrencia del requisito exigible "causa grave de interés público" y la necesidad de la suspensión o modificación para "salvaguardar el interés público" deberían ser debidamente alegados y justificados, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación, lo que aquí no se ha producido" (FJ 4.o). Trasladando esta jurisprudencia al nuevo régimen jurídico, corresponde a la Administración Pública justificar y acreditar, con informes y datos, los planes de ajuste, el reequilibrio de cuentas y la reducción del déficit ante la suspensión o modificación unilateral del convenio, pacto o acuerdo colectivo, teniendo la parte sindical la capacidad de impugnar la medida si esa información no avala una

decisión que deja temporalmente sin efectos un instrumento convencional. Por ello, es importante la información que deben recibir las organizaciones sindicales de las causas alegadas, como precisan los arts.38.10 y 32.2 EBEP. Está claro que, tras la DA 2o RDL 20/2012, las Administraciones Publicas poseen un instrumento potente de suspensión y modificación de convenios, pactos y acuerdos colectivos en el sector público, tanto en funcionarios como en personal laboral, pero ello no impide ni el control sindical ni por supuesto el control judicial en caso de impugnación.”

Esta extensión ha planteado algunas dudas de constitucionalidad, en cuanto su posible incompatibilidad con el principio de la fuerza vinculante de los convenios del art. 37 de la Constitución, debiendo dejar claro que, tales dudas no se plantean por afirmar la intangibilidad del convenio frente a reformas legislativas, ni tampoco por la imposibilidad de modificarlo por voluntad de quienes lo negociaron. Las dudas surgen en cuanto se posibilita una desvinculación unilateral por voluntad exclusiva de la Administración.

La cuestión que nos ocupa no es, sin embargo, la misma que en el Decreto-ley 8/2010 pues no es el Decreto-Ley 20/2012 el que modifica o suspende el convenio colectivo sino que lo que hace es habilitar a la Administración Pública para hacerlo. Los convenios, dice el Tribunal Constitucional, no son intangibles o inalterables frente a una norma legal pero si no lo son frente a la mera voluntad de una de las partes de la relación ¿en qué queda la fuerza vinculante que les garantiza el artículo 37 de la Constitución?

Según señalan los Profesores Lahera Forteza y Valdés Alonso Los argumentos que combatan esta restricción de la negociación colectiva garantizada en los arts.28.1 CE, como tiene dicho el TC, y en el art.37.1 CE pueden tener dos vertientes.

El primero, y más claro, es el atentado de esta fórmula técnica de los arts. 38.10 y 32.2 EBEP a la fuerza vinculante de los convenios colectivos garantizada en el art. 37.1 CE. Si los convenios colectivos tienen eficacia automática e inderogable en sentido peyorativo en los contratos de trabajo, no pudiendo ser modificados unilateralmente por la parte empresarial, como es doctrina consolidada del TC (SSTC, entre otras, 98/1985, 105/1992, 208/1993, 107/2000, 225/2001 y 238/2005), la posible modificación o suspensión unilateral de la Administración Pública con las amplias condiciones de la DA 2a RDL 20/2012 estaría vulnerando dicha fuerza vinculante garantizada en el art. 37.1 CE

LA APLICACIÓN DEL ART. 16 del RD 20/2012

Como ponen de relieve los Profesores Lahera Forteza y Valdés Alonso “La primera apreciación en torno a la fórmula jurídica empleada por el art.16 RDL 20/2012 debe ser de carácter técnico. La suspensión de pactos y convenios colectivos es una formula prevista en los arts. 38.10 y 32.2 EBEP ante determinadas circunstancias, como ha sido ya utilizada en algunas Administraciones Publicas durante la crisis. Esta fórmula es además reafirmada y fortalecida en la DA 2a RDL 20/2012 como un instrumento en manos de las Administraciones Publicas, tal como será desarrollado en el apartado 3 del informe. Pero el art.16 RDL 20/2012 no prevé esta vía, ni se remite al art.38.10 ni al art. 32.2 EBEP, ni alude a la DA 2a de la misma norma, sino que declara directamente la suspensión de los acuerdos, pactos y convenios colectivos para el personal del sector público que contengan cláusulas opuestas a los arts.1-16 RDL 20/2012. No es una habilitación a un acto de la Administración Pública, utilizando el instrumento jurídico del los arts. 38.10 y 32.2 EBEP, sino una declaración legal de directa aplicación con efectos jurídicos inmediatos.”

Siendo así que, por tanto el art. 16, sólo se refiere a las “cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título”, la pérdida de efectos de los convenios, acuerdos y pactos colectivos del sector publico prevista afecta sustancialmente a los días y condiciones de los permisos de funcionarios, a los días de vacaciones de los funcionarios, a los limites a complementos retributivos en incapacidades temporales del personal al servicio de las Administraciones Publicas, funcionarios y laboral, del art. 9 RDL 20/2012, a los créditos horarios de representantes de funcionarios, personal estatutario y personal laboral de las Administraciones Publicas, permisos sindicales y nombramientos de delegados sindicales reducidos a niveles legales del art. 10 RDL 20/2012 y a la supresión de la paga extraordinaria de diciembre 2012 del personal del sector publico de los arts.2-6 RDL 20/2012.

Consecuentemente en nada afecta a la jornada laboral, cuestión que habría de plantearse por la técnica de la desvinculación del convenio.

INFORME SOBRE PETICIÓN DE REPRESENTANTES DE SINDICATO DE ENFERMERÍA, PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA DECRETO-LEY 1/2012, DE 19 DE JUNIO, DIRIGIDA AL DEFENSOR DEL PUEBLO DE LAS CORTES GENERALES.

CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DEL TÍTULO I DEL REAL DECRETO-LEY 20/2012, DE 13 DE JULIO, DE MEDIDAS PARA GARANTIZAR LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA Y DE FOMENTO DE LA COMPETITIVIDAD, EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y DE LAS ENTIDADES LOCALES (Dirección General de la Función Pública, Secretaría de Estado de Administraciones Públicas)

3.- Suspensión o modificación por parte de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas del cumplimiento de convenios colectivos o acuerdos (artículo 7 y disposición adicional segunda).

La medida posibilita, con carácter excepcional, la suspensión o modificación de convenios colectivos o acuerdos que afecten al personal laboral cuando concorra causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas.

Este mecanismo ya estaba contemplado en el EBEP y la modificación introducida no hace sino aclarar su ámbito de aplicación y homogeneizar su tratamiento, con independencia de que los acuerdos hayan sido adoptados en el ámbito de las mesas generales de negociación o a través de la negociación colectiva de personal laboral.

La suspensión o modificación de convenios colectivos o acuerdos, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley, debe ser realizada por los órganos de Gobierno definidos como tales en su normativa correspondiente.

A estos efectos, se entenderá, entre otras, que concurre causa grave de interés público derivada de la alteración sustancial de las circunstancias económicas cuando las Administraciones Públicas deban adoptar, entre otras, medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.

RESOLUCIÓN DEFENSORA DEL PUEBLO DE 15 DE OCTUBRE DE 2012, NO PROCEDE INTERPOSICIÓN DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD

INFORME DE LA COMISIÓN EJECUTIVA CONFEDERAL DE COMISIONES OBRERAS

La reforma introducida en materia de inaplicación de convenios colectivos para el personal laboral incluido en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público, es aún más lesiva que la introducida por el RDL 3/2012 (Reforma Laboral) en el artículo 82 del ET respecto a los demás convenios colectivos, pues los Órganos de Gobierno de las Administraciones pueden de forma unilateral suspender o modificar el cumplimiento un convenio colectivo en su integridad, sin exigirse ningún proceso de negociación previo con los representantes de los trabajadores, ni acudir a ningún órgano de solución autónomo de conflictos, ni en última instancia a un organismo de composición tripartita como es la CCNCC, basta la mera información a las Organizaciones Sindicales. La causa que puede justificar tal actuación, es la misma que para suspender o modificar el cumplimiento de los pactos o acuerdos, “causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias”. Tampoco se contempla la necesidad de acordar las nuevas concisiones de trabajo aplicables por un tiempo límite que no puede superar la vigencia del convenio inaplicado.

Inconstitucionalidad de las medidas que afectan a los convenios colectivos del personal laboral: Las medidas que afectan a la suspensión o modificación unilateral de los convenios colectivos atentan contra el derecho constitucional a la negociación colectiva (Art. 37) que exige a la Ley garantizar el derecho a la negociación colectiva y su fuerza vinculante, así como al derecho constitucional de libertad sindical (Art. 28), al constituir la negociación colectiva el núcleo esencial del mencionado derecho fundamental.

Con independencia de la capacidad del Estado para regular mediante Ley, en algunos casos, aspectos concretos de las condiciones de trabajo en el sector público, resulta discutible su

capacidad para suspender Convenios Colectivos, ni tan siquiera los de su ámbito, o efectos para el personal laboral de Acuerdos conjuntos de personal laboral y funcionario, sin seguir los procedimientos del ET. Asimismo, por razones de competencia, el 11 Estado no puede suspender los Acuerdos y Convenios de las Administraciones Autonómicas y Locales.

EL DECRETO-LEY 3/2011, DE 20 DE DICIEMBRE, DE MEDIDAS URGENTES EN MATERIA DE TESORERÍA DE CATALUÑA, establece en su art. 4 que “Se suspenden parcialmente todos los acuerdos y pactos sindicales firmados en el ámbito del personal funcionario y estatutario en los términos estrictamente necesarios para la correcta aplicación de este Decreto ley y, asimismo, se convierten en inaplicables las cláusulas contractuales o las condiciones reguladas por los convenios colectivos en el ámbito del personal laboral que contradigan lo que dispone este Decreto ley.»

Dictamen 1/2012, de 10 de enero del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña: “En este último fundamento jurídico, examinaremos, de acuerdo con los términos de la solicitud de dictamen, la adecuación constitucional del artículo 4 del Decreto-ley 3/2011 al contenido de los artículos 37 y 9.3 CE. Lo efectuaremos, por tanto, con respecto al derecho a la negociación colectiva y a los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos proyectados sobre la configuración del ámbito de aplicación del precepto y sus efectos suspensivos con relación a los pactos y acuerdos sindicales, así como a los convenios colectivos, susceptibles de verse afectados.

Tal como hemos descrito en el fundamento jurídico primero, el artículo 4 del Decreto-ley establece la suspensión de los acuerdos o pactos y la inaplicación de los convenios colectivos con relación al personal al servicio de la Administración pública y los trabajadores vinculados en razón de una relación laboral, a los que se hace referencia en el artículo 1, relativo al ámbito de aplicación del Decreto-ley. A los efectos de contextualizar la cuestión, resulta ilustrativo recordar que la Ley 6/2011, de 27 de julio, de presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el 2011, ya incorpora un precepto, el artículo 39, «Suspensión de acuerdos y pactos e inaplicación de convenios colectivos», con una cláusula genérica, en términos equivalentes al artículo 4 del Decreto-ley, para la correcta aplicación de la citada Ley anual de finanzas de la Generalitat, que dispone: «Con efecto a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se suspenden parcialmente todos los acuerdos y pactos sindicales firmados en el ámbito del personal funcionario y estatutario en los términos estrictamente necesarios para la correcta aplicación de esta ley y, asimismo, devienen inaplicables las cláusulas contractuales o las condiciones reguladas por los convenios colectivos en el ámbito del personal laboral que contradigan lo que dispone la presente ley».

Dicho esto, por lo que interesa a nuestro examen, distinguiremos entre los acuerdos y pactos sindicales propios de la negociación colectiva por parte del personal funcionario y estatutario al servicio de la Generalitat, y los trabajadores a los que les es aplicable el régimen de los convenios colectivos de la legislación laboral.

Iniciaremos nuestro análisis respecto del personal funcionario y estatutario al servicio de la Administración pública. Sobre este aspecto, resulta clave tener presente el artículo 38.10 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto básico del empleado público. Este precepto de la legislación básica estatal prevé expresamente la suspensión unilateral por parte de los órganos de gobierno de las administraciones públicas sometidas a su aplicación, como es el caso de la Generalitat, de los pactos y acuerdos firmados resultantes de la negociación colectiva en supuestos de «causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas».

Asimismo, precisa que la suspensión tendrá el alcance «estrictamente necesario para salvaguardar el interés público».

En consecuencia, la legislación básica que regula la negociación colectiva del personal al servicio de las administraciones públicas, en este aspecto aplicable tanto al personal funcionario como al estatutario, permite al Gobierno de la Generalitat suspender los pactos y acuerdos en supuestos de excepcional gravedad económica y necesidad para el interés público mediante un instrumento jurídico, con una exigencia menor, desde la vertiente de la jerarquía de las fuentes, a la norma con rango de ley. De este modo, no únicamente lo faculta para adoptar la medida objeto de nuestro examen, de suspensión parcial de los acuerdos y pactos con respecto a la ejecución del pago de un máximo del veinte por ciento de la paga extraordinaria de diciembre de 2011, sino que lo

habría podido vehicular, en el supuesto de los funcionarios y personal asimilado, mediante un decreto.

De acuerdo con este marco legislativo y al amparo de sus competencias financieras, el Gobierno catalán está habilitado legítimamente para adoptar el contenido del artículo 4 del Decreto-ley 3/2011 y, de hecho, lo ha materializado mediante una fuente del derecho jerárquicamente superior, con rango de ley, a la exigida para hacerlo de acuerdo con el artículo 38.10 EBEP.

A continuación, procedemos al análisis del artículo 4 del Decreto-ley con relación a sus efectos sobre los convenios colectivos del personal laboral susceptibles de ser parcialmente suspendidos. Llegados a este punto, debemos enfatizar el hecho de que es precisamente la finalidad de incidir en estos instrumentos normativos, resultado de la negociación colectiva en el ámbito del régimen jurídico laboral, la que exige la norma con rango de ley para adecuarse a los requerimientos del ordenamiento constitucional.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado de manera reciente y bastante nítida el Tribunal Constitucional, con motivo de la reducción de las retribuciones salariales adoptada por el Gobierno del Estado, mediante el Real decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público: «[D]el art. 37.1 CE no emana ni deriva la supuesta intangibilidad o inalterabilidad del convenio colectivo frente a la norma legal, incluso aunque se trate de una norma sobrevenida (STC 210/1990, de 20 de diciembre, FFJJ 2 y 3), insistiendo el Tribunal en el contexto de esta declaración, en que, en virtud del principio de jerarquía normativa, es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario [...]. Así pues, los preceptos cuestionados no suponen una “afectación” en el sentido constitucional del término, del derecho a la negociación colectiva reconocido en el art. 37.1 CE, en cuanto ni regulan el régimen general de dicho derecho, ni la intangibilidad del convenio colectivo se configura como uno de sus elementos esenciales» (ATC 85/2011, de 7 de junio, FJ 8).

Así, y de acuerdo con las consideraciones anteriores, las dudas sobre la presunta vulneración del artículo 37 CE por parte del artículo 4 del Decreto ley 3/2011, proyectado sobre el ámbito de la negociación colectiva de naturaleza laboral, también se desvanecen y, por lo tanto, podemos afirmar la constitucionalidad en este punto del citado precepto.

Como última cuestión de este fundamento jurídico y del conjunto del Dictamen, debemos abordar la posible vulneración por parte del mismo artículo 4 del Decreto-ley de los principios constitucionales de la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), en la medida en que, según el criterio de los solicitantes, está formulado con un carácter de *numerus apertus* en lo que se refiere a su ámbito de aplicación.

De manera preliminar, debemos recordar que, según ha reiterado la jurisprudencia constitucional, la doctrina del Consell Consultiu y este mismo Consell, los citados principios constitucionales comprenden conceptos jurídicos eminentemente indeterminados, que tienen que ser interpretados y aplicados de manera restrictiva como parámetros de validez constitucional (véanse, entre otras, las STC 90/2009, de 20 de abril, FJ 4 y 6, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12.b; los DCC 272, de 19 de mayo, F V, y 273, de 14 de julio, F VI, y el DCGE 17/2010, de 15 de julio, FJ 1). Las leyes aprobadas en el marco de las instituciones y el procedimiento legislativo democráticos cuentan con la presunción de validez con respecto a su interpretación. De acuerdo con ello, únicamente se vulnera el principio de seguridad jurídica cuando el contenido o las omisiones de un texto normativo producen confusión o dudas que generan en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable sobre la conducta exigible o sobre la previsibilidad de sus efectos (STC 150/1990, de 4 de octubre, FJ 8, y 248/2007, de 13 de diciembre, FJ 5). En cuanto a la arbitrariedad, tan solo es relevante desde la perspectiva de la interpretación constitucional en los supuestos excepcionales de conducir a un resultado de discriminación o falta absoluta de explicación racional de la norma (STC 47/2005, de 3 de marzo, FJ 7, y 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12.b).”