

La negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas. Las materias objeto de negociación colectiva en la mesa de materias comunes. El papel del comité de empresa en la negociación de la mesa de materias comunes.

Remedios Roqueta Buj
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

1. INTRODUCCIÓN	1
2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DEL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL ANTERIOR AL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.....	2
3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DEL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.....	4
3.1 <i>La Mesa general común al personal funcionario y laboral.....</i>	<i>4</i>
3.2 <i>La composición de la Mesa general común al personal funcionario y laboral</i>	<i>5</i>
A) <i>La representación funcionarial y laboral</i>	<i>5</i>
B) <i>La representación pública</i>	<i>8</i>
3.3 <i>El ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral.....</i>	<i>8</i>
3.4 <i>El procedimiento de negociación de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral</i>	<i>8</i>
3.5 <i>La naturaleza de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral</i>	<i>9</i>
3.6 <i>La impugnación de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral.....</i>	<i>9</i>

1. INTRODUCCIÓN

Los dos sistemas de negociación que conviven en el seno de las Administraciones Públicas, el funcional y el laboral, estaban sometidos a regímenes jurídicos diferentes. En efecto, la negociación colectiva de los funcionarios y asimilados se canalizaba a través de los procedimientos de consulta y negociación establecidos en el Capítulo III 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 (LORAP)¹. El personal laboral tenía, en cambio, en el Título III del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), la regulación de su derecho a la negociación colectiva².

Pues bien, de conformidad con los apartados 1 y 7 del art. 31 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP)³, los “empleados públicos” tienen derecho a la negociación colectiva en los términos previstos en el presente Estatuto. Pese a que la expresión “empleados públicos” engloba tanto a los funcionarios como a los contratados laborales, el art. 32 de EBEP prescribe que la negociación colectiva, representación y participación de estos últimos “se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación”. De este modo, el derecho a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se rige por el Título III del ET y no por el Capítulo IV del Título III del EBEP. La Ley 7/2007 mantiene así la dualidad de regímenes jurídicos aplicables a los funcionarios y al personal laboral de las Administraciones Públicas. A este respecto, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP señala que para establecer un régimen negociado común para ambos colectivos sería necesaria una ampliación de las competencias de la negociación colectiva funcional,

¹ Por todos, ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996. Por lo demás, en cuanto a la negociación colectiva de los funcionarios locales ver ROQUETA BUJ, “El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales”, *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996; “Descentralización de servicios públicos locales y derechos colectivos de los empleados públicos”, *Relaciones Laborales*, núm. 17, 1998; “La negociación colectiva en la función pública local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 279, 1999; “Los Acuerdos Mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 280-281, 1999; “La negociación colectiva en la función pública local”, en AA.VV., *III Jornadas sobre la Administración Local en Canarias*, Edita la Consejería de Presidencia/Viceconsejería de Administración Pública, Gobierno de Canarias, 1999; “La negociación colectiva de los funcionarios locales”, en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Dirigido por Santiago Muñoz Machado, Editorial Civitas, Madrid, 2003; y “El contenido de la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 294-295, 2004.

² Existen importantes diferencias de régimen jurídico entre ambos sistemas de negociación colectiva. No es éste, desde luego, el momento oportuno de analizar e inventariar comparativamente de modo exhaustivo los regímenes jurídicos de los sistemas de negociación colectiva y laboral. Sobre las peculiaridades de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas ver SALA FRANCO, *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, I.N.A.P., Madrid, 1989, págs. 56 y ss; ROQUETA BUJ, “El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado”, *R.T.S.S.*, núm. 11, 1993, págs. 33 y ss, y “Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcional en la Administración Pública”, *XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, ACARL, Madrid, 1994, págs. 137 y ss; SALA FRANCO y otros, *La negociación colectiva en el empleo público*, Madrid, 2001, págs. 13 y ss; y TARABINI-CASTELLANI AZNAR, “La negociación colectiva del personal laboral de las Administraciones Públicas”, en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, *Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia, 2006, págs. 699 y ss.

³ En cuanto a la regulación del EBEP en materia de negociación colectiva ver, por todos, ROQUETA BUJ, *El derecho de negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007; SALA FRANCO, “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley del Estatuto del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, págs. 294 y ss; AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007; MAURI MAJÓS, “La negociación colectiva”, en AA.VV., *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 371 y ss; y LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto básico”, en AA.VV., *XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Murcia, 2008, págs. 247 y ss.

asimilándolas a las previstas en el ET, o, a la inversa, una restricción de la autonomía colectiva laboral en las Administraciones Públicas a los límites de la función pública o semejantes, lo que implicaría cambios muy importantes y restrictivos en la legislación laboral.

Ahora bien, el EBEP viene a reconocer la existencia fáctica de una negociación colectiva conjunta del personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas, elevando a la letra de la ley lo que ya existía en la práctica, si bien con dificultades de aceptación jurisprudencial.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DEL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL ANTERIOR AL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

En resoluciones judiciales anteriores a la entrada en vigor de la Ley 9/1987, en las que se discutía la validez de convenios unitarios para trabajadores y funcionarios de las Administraciones Públicas, el Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, había declarado su nulidad en base al carácter estatutario de la relación funcional y a la falta de regulación en este ámbito de la negociación colectiva⁴. En este sentido, el citado Tribunal señalaba que en todo caso la inclusión en un mismo convenio colectivo de funcionarios (contenido entonces ilegal) y de empleados en régimen laboral (ámbito este último en el que la negociación colectiva sí era posible) viciaba de por sí al convenio como un todo, pues, como decía la Sentencia del Tribunal Constitucional 57/1982, de 27 de julio, de la legislación vigente no era posible racionalmente inducir un principio básico que no fuera el del tratamiento no unitario por diferenciado entre funcionarios públicos y personal laboral al servicio de las Corporaciones Locales y que la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas sólo era posible legalmente cuando se trataba de personal sometido al Derecho laboral, pero no, en cambio, en relación al personal vinculado al Derecho administrativo, sin que fuera posible escindir la unidad del convenio⁵.

Esta posición del Tribunal Supremo tenía un fundamento sólido, pero no expresaba una opinión definitiva. En sus resoluciones judiciales se afirmaba que los funcionarios públicos no tenían garantizado ni constitucional ni legalmente el derecho a la negociación colectiva. Siendo esto así, era inevitable que se rechazara el principio de equiparación de sistemas de negociación entre el personal laboral y funcionario dependiente de la Administración Pública.

Ahora bien, una vez se reconoció el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios, se abrió una perspectiva nueva ante el tema. Así lo reconocía el propio Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de octubre de 1993 (RJ/7856) al decir que en el supuesto que aquí se planteaba el convenio combatido fue suscrito bajo la vigencia de la Ley 9/1987, la cual servía de cobertura dialéctica de los argumentos esgrimidos en el debate en defensa de las respectivas posiciones. En consecuencia, debía dilucidarse si los respectivos ordenamientos de la negociación colectiva (el de las relaciones estatutarias de los funcionarios públicos y el de las relaciones laborales de los trabajadores) ofrecían entre sí el grado de permeabilidad suficiente para posibilitar una negociación y eventual regulación unitaria bajo forma contractual, y para ello, debían ponerse en relación los componentes básicos de los respectivos sistemas.

En este sentido, la STS de 22 de octubre de 1993 (RJ/7544) subrayaba las siguientes diferencias de régimen jurídico entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral: a) la estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de negociación a que se refería el art. 31.2 de la Ley 9/1987, no era coincidente con la prevista en el art. 87.1 del ET para la constitución de la comisión negociadora; b) el grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los arts. 32 y 34 de la Ley 9/1987, era manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el art. 85 de la Ley 8/1980; c) la situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el art. 35 de la Ley 9/1987 -al requerir la validez y eficacia de los Acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la Administración Pública respectiva-, no tenía correlación en la letra de los arts. 82 y 90.2 de la Ley 8/1980; d) la misma diferencia de régimen jurídico se observaba -en el supuesto de fracaso de la negociación-, entre lo establecido en el art. 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo; e) igualmente era notoria la

⁴ SSTs de 1 de marzo de 1983, 22 de octubre de 1986, 27 de enero de 1987, 29 de junio y 30 de octubre de 1992 (Rec. núms. 7758/1990 y 7756/1990), 18 y 22 de marzo de 1993 (Rec. núms. 9062/1990 y 9090/1990), 6, 16 y 30 de junio, 1, 12 y 18 de julio, 16 de septiembre y 2 de noviembre de 1994 (Rec. núms. 11277/1990, 1310/1991, 11276/1990, 1004/1991, 11273/1990, 1001/1991, 8263/1990 y 8785/1990).

⁵ STS de 18 de marzo de 1993.

diferencia en las reclamaciones jurisdiccionales relativas a esta materia, reservadas al orden contencioso-administrativo tratándose de funcionarios (arts. 9.4 y 24 Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial – LOPJ-), en tanto era competencia del orden social cuando concernían al personal laboral, fuera pública o privada la unidad empleadora (arts. 9.5 y 25 LOPJ).

Ahora bien, ¿estas diferencias tenían tanta trascendencia como para impedir la negociación conjunta de trabajadores y funcionarios? A juicio del Tribunal Supremo, sí. En este sentido, el citado tribunal afirmaba que la magnitud de las citadas contradicciones evidenciaba la inviabilidad de una articulación unitaria del pacto que abarcase conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral cuyo primer escollo se manifestaba en la dualidad de instancias jurisdiccionales en concurrencia. Por ello, procedía la declaración de nulidad de conformidad con los arts. 47.1.c) y 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo⁶.

Sin embargo, las diferencias subrayadas por el Tribunal Supremo o no eran tales diferencias o no tenían tanta trascendencia como para impedir la negociación conjunta de funcionarios y trabajadores⁷. En realidad, la diferencia de jurisdicción a que se debía acudir para dirimir los contenciosos que planteaba la aplicación de los Pactos y Acuerdos y los convenios colectivos que resultaban de la negociación conjunta del personal funcionario y laboral, según fueran funcionarios o contratados laboralmente, era lo que separaba a los dos sistemas de negociación que convivían en el seno de la Administración Pública. Esta dualidad jurisdiccional no impedía la negociación conjunta del personal funcionario y laboral. Nótese que esta anómala situación también se daba en relación con los Pactos y Acuerdos del sector sanitario, ya que la competencia para resolver los conflictos individuales y colectivos que se planteaban en relación con el contenido normativo individual de los mismos correspondía a los órganos del orden social o del contencioso-administrativo, según afectasen a los funcionarios sanitarios de las Administraciones Públicas o a los funcionarios sanitarios de la Administración de la Seguridad Social y personal estatutario, respectivamente.

Aunque no existían obstáculos a que trabajadores y funcionarios de las Administraciones Públicas negociasen conjuntamente sus condiciones de trabajo y a que los instrumentos negociales que resultasen se materializasen en un único documento, como quiera que era posible la impugnación del acuerdo mixto ante los tribunales del orden de la jurisdicción contencioso-administrativa, la falta de tradición tutelar de la misma con relación a los derechos colectivos de los funcionarios conducía a la declaración de su nulidad. Por ello, y como medida de precaución, lo más aconsejable era que, sin perjuicio de que se siguiera negociando conjuntamente las condiciones de trabajo de ambos colectivos, dicha negociación se materializase en instrumentos negociales distintos y formalmente separados según alcanzasen al personal funcionario o laboral, esto es, en Pactos y Acuerdos y en convenios colectivos, respectivamente. Y, si se quería dar un tratamiento igualitario a las relaciones de trabajo funcionariales y laborales, dicho igualitarismo podía obtenerse por la vía de incluir en cada uno de ellos una cláusula en la que se vinculase la suerte de ambos, de forma que la nulidad global o parcial de uno de ellos declarada por la jurisdicción correspondiente determinase la necesidad de renegociar el acuerdo o la cláusula en cuestión en relación a todo el personal tanto funcionarial como laboral.

Ahora bien, recientemente la STS de 13 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 5025/2001), ha tenido la ocasión de poner de manifiesto un problema adicional que planteaba la creación de una Mesa general conjunta para los

⁶ En el mismo sentido, las SSTS de 29 de mayo de 1998 (Rec. núm. 4822/1995) y 16 de julio de 1998 (Rec. núm. 4466/1997).

⁷ Por todos, ROQUETA BUJ, "Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial...", cit., págs. 137 y ss, y "Los acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales", *R.E.A.L.A.*, núms. 280-281, 1999, págs. 291 y ss; LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 427 y ss; RIVERO LAMAS, "El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 6-7, 1995, págs. 115 y ss; DEL SAZ, *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995, págs. 102 y ss; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Barcelona, 1996, págs. 65 y ss; RUANO RODRIGUEZ, *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Pamplona, 1998, págs. 110 y ss; MARÍN ALONSO, *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcionarial en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, 1999, págs. 3 y ss; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, "Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública", en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas (Volumen II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2001, págs. 133 y ss; y GUILLÉN OLCINA, "Convenios, Pactos y Acuerdos Colectivos Mixtos. Hacia una negociación colectiva laboral y funcionarial conjunta en el ámbito de las Entidades Locales", en AA.VV., *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, págs. 277 y ss.

funcionarios y laborales de una Administración Pública, a saber: la vulneración del derecho a la negociación colectiva de aquellos sindicatos que tenían derecho a participar en las mesas de negociación previstas en la LORAP por ser representativos entre los funcionarios y que, sin embargo, se veían privados de participar en la Mesa general conjunta por no ostentar una representatividad acumulada en los ámbitos funcional y laboral. En este sentido, el Tribunal Supremo afirma que la creación de una Mesa general conjunta configurada sobre el principio de primacía menoscababa la acción negociadora de los sindicatos que no tenían acceso a ella, aunque sí intervinieran en la Mesa general o en las mesas sectoriales de negociación, ya que en relación con las cuestiones que los firmantes del Pacto o Acuerdo común hubieran abordado y negociado en esa Mesa general conjunta quedaba ya sensiblemente mermada, si es que no enteramente excluida, la posibilidad de que en los demás ámbitos de negociación se incidiera de manera efectiva sobre tales cuestiones. La superposición extra legem de un foro de negociación que operaba con primacía respecto a las mesas de negociación previstas en la Ley 9/1987, a juicio del referido tribunal, producía el efecto ya señalado de menoscabar la acción negociadora de quienes no habían tenido acceso a aquél. La ausencia de una norma que respaldase la creación de esa Mesa general conjunta sólo “podría considerarse en alguna medida salvada al amparo de lo declarado por el Tribunal Constitucional en STC 85/2001, de 26 de marzo de 2001 (RTC 2001, 85), donde se hace referencia a las mesas generales y sectoriales contempladas en el artículo 31 de la Ley 9/1987 como cauce para el ejercicio del derecho de los funcionarios a la negociación colectiva «...sin perjuicio, naturalmente, de la posible existencia de otras modalidades no contempladas legalmente y no formalizadas, y por ello en principio no obligatorias para las partes negociadoras». Por consiguiente, las Mesas generales conjuntas sólo podían alcanzar acuerdos informales o meros compromisos morales carentes de efectos jurídicos vinculantes para las partes en las reuniones que se celebrasen en las mesas legales.

3. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DEL PERSONAL FUNCIONARIO Y LABORAL EN EL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

3.1 La Mesa general común al personal funcionario y laboral

En este contexto y a fin de esquivar los problemas señalados, el art. 36.3 de la Ley 7/2007 prevé la creación de órganos de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores de las Administraciones Públicas; medida que la Ley 21/2006, de 20 de junio, había incorporado ya en la LORAP, concretamente en el apartado 2 de la nueva Disposición Adicional 6ª de esta disposición legal. En esta dirección, se dispone que “para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación”. Se prevé así la constitución de Mesas de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores al servicio de una misma Administración Pública, que permitirán sortear muchos de los problemas que la dualidad de sistemas de negociación -funcional y laboral- plantea en la gestión de personal, reducir los costes de las negociaciones y dar plena satisfacción al derecho de negociación del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Contrariamente a lo que en un principio pudiera parecer, la inclusión de dicho personal en el ámbito de representación de estas mesas de negociación no va a suponer una restricción de la autonomía colectiva laboral, pues las mismas van a negociar una serie de materias y condiciones de trabajo (los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño; el incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; y los planes de Previsión Social Complementaria), que o bien se negociaban en el seno de las mesas de negociación de los funcionarios públicos en la que aquél no estaba representado, o bien debían respetar los mismos límites en los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral. Por ello, la negociación de estas materias no requería la separación de funcionarios y trabajadores. Antes al contrario, era aconsejable la consideración conjunta de ambos colectivos en aras a la consecución de los principios de igualdad, economía normativa y eficacia administrativa.

El legislador no deja a la libre decisión de las partes negociadoras el establecimiento de la Mesa general común al personal funcionario y laboral⁸. Esta conclusión se obtiene a partir de la interpretación literal de la cláusula legal en

⁸ En el mismo sentido, MAURI MAJÓ, “Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en AA.VV., *Estatuto Básico del Empleado Público*, Madrid, 2007, pág. 309. Algún sector de la doctrina, sin embargo, ha interpretado que la constitución de la mesa de negociación común sólo será obligatoria cuando se opte por negociar conjuntamente para el personal funcionario y laboral., En sentido se expresa LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva...”, cit., págs. 322-323.

que se prevé su creación, pues señala que “se constituirá en la Administración General del Estado, en cada una de las Comunidades Autónomas, Ciudades de Ceuta y Melilla y Entidades Locales una Mesa General de Negociación” (art. 36.3 EBEP). Además, si se compara la redacción empleada en esta ocasión con la utilizada en el art. 34.4 del EBEP para permitir la creación de las Mesas sectoriales de negociación se corrobora esta afirmación.

Se trata de una mesa de negociación común al personal funcionario, estatutario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral están ideadas para negociar “todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública” (art. 36.3 EBEP), esto es, aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el EBEP y otras normas administrativas.

3.2 La composición de la Mesa general común al personal funcionario y laboral

A) La representación funcional y laboral

El apartado 3 del artículo 36 del EBEP establece que “son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, tomando en consideración en cada caso los resultados obtenidos en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación” (párrafo segundo) y que “también estarán presentes en estas Mesas Generales, las Organizaciones Sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate” (párrafo tercero). La Ley 7/2007 ha trasladado a las mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas el monopolio sindical de la negociación colectiva funcional, lo que supone un alejamiento de la negociación de tipo laboral. Por consiguiente, los comités de empresa y los delegados de personal no podrán participar en dichas mesas. Se viene a introducir una regulación propia de la legitimación negociadora, el art. 36.3 del EBEP, que se sitúa en relación con el art. 87 del ET como norma especial y que prevalece sobre la regla general. Lo que no contraviene el Texto Constitucional, por cuanto que los comités de empresa y los delegados de personal son órganos de configuración legal y, consiguientemente, ostentan las competencias que la ley les reconoce.

La coexistencia de funcionarios públicos y trabajadores en el ámbito de representación de estas mesas de negociación abre muchos interrogantes: ¿las plantillas funcional y laboral han de considerarse globalmente o por separado?, ¿cuál es el criterio de reparto de los quince miembros que han de formar la parte social entre las organizaciones sindicales representativas?, ¿cuáles son las reglas a seguir para la válida adopción de los acuerdos negociados?, etc. Estos y otros interrogantes deberían haber sido resueltos por el legislador con mayor claridad, a fin de evitar que la falta de acuerdo entre los sindicatos en torno a estos temas en los momentos previos a la negociación a la postre la hagan inviable.

Las Mesas generales comunes a personal funcionario y laboral se componen, en su parte social, por la fusión de los representantes del personal funcionario y laboral. De conformidad con lo establecido en el segundo párrafo del art. 36.3 de la Ley 7/2007, “son de aplicación a estas Mesas Generales los criterios establecidos en el apartado anterior sobre representación de las Organizaciones Sindicales en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas”, especificándose que se tomarán en consideración “en cada caso” los resultados obtenidos “en las elecciones a los órganos de representación del personal funcionario y laboral del correspondiente ámbito de representación”. Por consiguiente, estarán legitimados para estar presentes en estas Mesas generales comunes los sindicatos más representativos a nivel estatal y autonómico y los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 del conjunto de los representantes unitarios de los empleados públicos de la correspondiente Administración Pública. De esta forma, los sindicatos que carezcan de la condición de más representativos requerirán una representatividad acumulada en los ámbitos funcional y laboral⁹. No obstante, esta exigencia se flexibiliza en relación con los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de las

⁹ En el mismo sentido, VALVERDE ASENSIO, “Nuevas normas sobre la negociación colectiva en la función pública: La Ley 21/2006”, *T.L.*, núm. 87, 2006, págs. 98-99. En sentido contrario, LAHERA FORTEZA, “Partes de la negociación colectiva en las Administraciones Públicas tras el Estatuto Básico del Empleado Público”, en *AA.VV.*, *La negociación colectiva en las Administraciones Públicas a propósito del Estatuto Básico del Empleado Público*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pág. 129. Por lo demás, como subraya VALVERDE ASENSIO, la legitimación social corresponde a las organizaciones sindicales y no a las representaciones unitarias.

Administraciones Públicas (esto es, la CSI-CSIF)¹⁰. En efecto, de acuerdo con el párrafo tercero del art. 36 del EBEP, también estarán presentes en estas Mesas generales comunes, las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa general de negociación de las Administraciones Públicas siempre que hubieran obtenido “el 10 por 100 de los representantes a personal funcionario o personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate” (en este caso, la conjunción es disyuntiva). Los sindicatos que cuenten con el 10 por 100 del conjunto de los representantes unitarios del personal funcionario y laboral de todas la Administraciones Públicas estarán presentes en estas mesas si obtienen el 10 por 100 de los representantes unitarios de los funcionarios o de los laborales de la correspondiente Administración Pública. Es decir, a estos sindicatos no se les exige la representatividad acumulada en los ámbitos funcional y laboral, siendo suficiente con que la acrediten en uno de ellos.

La representación de las organizaciones sindicales legitimadas para estar presentes en las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral habrá de distribuirse en función de los resultados globales de las elecciones a todos los órganos de representación unitaria de la correspondiente Administración, tanto de funcionarios como de laborales (art. 36 EBEP), lo que plantea un problema adicional. En efecto, si se comparan los ámbitos de representación de los delegados de personal/juntas de personal y de los delegados de personal/comités de empresa en las Administraciones Públicas, se comprueba que, a pesar de que en esta materia las distancias entre lo funcional y lo laboral se han acortado¹¹, lo cierto es que tales ámbitos generalmente no coinciden y que el ámbito de los primeros es mucho más amplio que el de los segundos¹². Ello determina que los funcionarios estén infrarepresentados en comparación con los trabajadores de las Administraciones Públicas. Cotejando el número de representantes unitarios de los funcionarios y de los trabajadores y las plantillas a las que se corresponden, se ve como existe una cierta desproporción, en el sentido de que los trabajadores tienen un mayor número de representantes que los funcionarios. Ello va a determinar un mayor peso porcentual en el seno de las Mesas generales comunes de los sindicatos representativos del personal laboral, en detrimento de los sindicatos representativos del personal funcional, lo que no es de recibo. Al considerarse globalmente los resultados de las elecciones a representantes unitarios de funcionarios y laborales, habría que equiparar sus ámbitos de representación. Por ello, y en tanto no se actúe en esta dirección, a la hora de repartir los puestos de la mesa negociadora entre los sindicatos con legitimación negociadora, habría que ponderar no sólo el número de representantes, sino también las plantillas funcional y laboral de la correspondiente Administración Pública.

De acuerdo con el art. 35.1 del EBEP para que las mesas de negociación queden válidamente constituidas se exige que las organizaciones sindicales presentes en las mismas “representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate”¹³. En el marco de la LORAP no era necesario para la válida constitución de las mesas negociadoras que los sindicatos acreditaran una representatividad mínima de conjunto, careciendo de trascendencia el número y la representatividad que acreditaran las organizaciones sindicales que acudieran al llamamiento para negociar y que permanecieran en la

¹⁰ A juicio de RIVERO LAMAS y DE VAL TENA, “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”, en AA.VV., *El Estatuto Básico del Empleado Público, Comentario Sistemático de la Ley 7/2007, de 12 de abril de 2007*, Granada, 2008, pág. 369, la norma pretende congraciarse con los sindicatos de “clase”, bien de trabajadores o bien de funcionarios.

¹¹ ESCUDERO RODRÍGUEZ, “Acuerdo para la modernización de la Administración y para la mejora de las condiciones de trabajo de los empleados públicos”, *R.L.*, núm. 5, 1992, pág. 83.

Aunque el EBEP, seguramente por error, ha derogado la Disposición Adicional 5ª de la LORAP donde se delimitaba el “centro de trabajo en las Administraciones Públicas” a efectos de las elecciones a comités de empresa y delegados de personal, debe tenerse en cuenta que no ha hecho lo propio con la Disposición Adicional 3ª del Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa, que establece exactamente lo mismo que la Disposición Adicional 5ª de la Ley 9/1987.

¹² Por todos, ROQUETA BUJ, “El ámbito de actuación de los comités de empresa y delegados de personal en las Administraciones Públicas”, *T.S.*, nº 29, 1993, págs. 12 y ss, y “La participación de los empleados públicos de la Administración General del Estado en materia de prevención de riesgos laborales”, *A.A.*, núm. 16, 2000, págs. 559 y ss; y PELAY LABRADOR, “El Estatuto Básico del Empleado Público y la negociación colectiva”, en AA.VV, *El Estatuto Básico del Empleado Público y su desarrollo legislativo*, Zaragoza, 2007, págs. 180-181.

¹³ A propósito de la aplicación del art. 35.1 del EBEP a las mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral al servicio de las Administraciones Públicas, LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva...”, cit., pág. 281.

mesa negociadora durante todos sus avatares¹⁴. De este modo, las mesas negociadoras quedaban válidamente constituidas cuando todos los sindicatos con legitimación negociadora habían sido convocados y habían tenido la posibilidad de participar en las negociaciones en proporción a su respectiva representatividad, sin perjuicio de que lo hicieran o no y de cual fuera su representatividad mínima de conjunto. Esta solución presentaba riesgos nada desdeñables, pues permitía que la negociación se llevase a cabo por sindicatos con escasa representación¹⁵ e, incluso, que la Administración Pública en concierto con uno o más sindicatos emplease técnicas dilatorias o desviacionistas con el propósito de marginar al resto de sindicatos legitimados, y concluir los Acuerdos y Pactos con aquéllos, más sumisos a sus intereses¹⁶.

Por ello, y a fin de asegurar la cualificada representación de los intereses funcionariales afectados por la negociación, el EBEP traslada al ámbito de la función pública las reglas que rigen en el Derecho laboral y exige que las organizaciones sindicales presentes en la mesa negociadora representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de las representaciones unitarias en el ámbito de la negociación colectiva de que se trate. Ahora bien, esta medida constituye un arma de doble filo, pues existirán varios supuestos en los que será imposible la válida constitución de la mesa negociadora, a saber¹⁷: 1º) Cuando no se haya procedido a constituir estructuras de representación unitaria, bien porque el número de funcionarios y/o de laborales no alcance el mínimo exigido, bien por el desinterés de los propios empleados públicos y sindicatos; 2º) cuando todos o la mayoría de los representantes unitarios de las unidades electorales comprendidas en el ámbito de la negociación sean

¹⁴ Cfr. ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, cit., págs. 247 y ss. En el mismo sentido, GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, Madrid, 1994, pág. 299. Por su parte, CASAS/BAYLOS/ESCUADERO, "El Estatuto de los Trabajadores. Diez años después pervivencias, insuficiencias, desviaciones y reformas", *R.L.*, núm. 6-7, 1990, pág. 61, afirmaban que la ley no requería ningún tipo de mayoría para la validez de los acuerdos, sino el tautológico requisito de llegar a un acuerdo con alguno de los sindicatos negociadores. Ello no obstante, y dado que los Pactos y Acuerdos ostentaban, al igual que los convenios colectivos estatutarios, una eficacia personal general, un sector de la doctrina propugnaba aplicar vía analógica el art. 88.1 del ET. De este modo, la mesa negociadora quedaría válidamente constituida cuando las organizaciones sindicales presentes en ella representasen, como mínimo, a la mayoría absoluta de las representaciones unitarias en el ámbito de la negociación de que se tratase. En esta línea, se expresaba CARRERA ORTIZ, "Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España", *R.E.D.T.*, núm. 38, 1989, págs. 274 y 275. Este autor afirmaba que la negociación colectiva se instrumenta sobre la base de la representatividad sindical y ésta, a su vez, viene conectada a los resultados de un proceso de elección democrática de representantes. Y consustancial a los procesos democráticos es el principio mayoritario, de donde cabía concluir, sin forzar el alcance de la norma y colmando una importante laguna, que era loable exigir por analogía con el art. 88.1 del ET que los sindicatos firmantes del Pacto o Acuerdo representasen, al menos, la mayoría absoluta de los representantes. De no ser éste el caso, entendía que el acuerdo era informal y no un verdadero contrato colectivo, careciendo de eficacia jurídica, de forma que el Gobierno u órgano de gobierno correspondiente podía y debía regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios. Igual solución propugnaban MARTÍNEZ GAYOSO, *Las comisiones de seguimiento de Pactos y Acuerdos en la Función Pública*, Basauri (Bizkaia), 2002, pág. 81; BENGOTXEA ALKORTA, *Negociación colectiva y autonomía colectiva en la función pública*, Valencia, 2005, pág. 152; y CRUZ VILLALÓN, "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*, Sevilla, 2006, pág. 102. Por su parte, OJEDA AVILÉS, si bien inicialmente postuló la indiferencia jurídica del número de organizaciones sindicales que acudieran al llamamiento y permanecieran en la mesa negociadora, fundamentando esta afirmación en el hecho de que las negociaciones no eran self-executing ("Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 7/1990, de 12 de mayo", *R.L.*, núm. 8, 1988, pág. 21), posteriormente sostuvo que las negociaciones con cadencias superiores a las del sector laboral hacían precisa una interpretación más exigente en línea con lo establecido para los instrumentos de eficacia erga omnes en el sector laboral (*Derecho Sindical*, Madrid, 1992, pág. 770). Por su parte, ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Comentarios a la Ley sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas", *R.L.*, núm. 15, 1987, pág. 67, postulaba la observancia del criterio de carácter mayoritario.

¹⁵ SALA FRANCO, "La negociación colectiva en el empleo público", en AA.VV., *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva*, XIV Jornadas de Estudios sobre la negociación colectiva, Madrid, 2001, pág. 128.

¹⁶ ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, cit., pág. 251.

¹⁷ ROQUETA BUJ, "La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público y en la Ley 21/2006", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 14, 2007, pág. 17.

independientes; 3º) cuando una organización sindical de máxima implantación no acceda a formar parte de la mesa negociadora, impidiendo a las restantes organizaciones sindicales comparecientes la consecución del referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos.

En todos estos supuestos, como no caben negociaciones al margen del EBEP, habrá que entender por tanto que nos encontramos ante un supuesto de desacuerdo en la negociación que permitirá a la Administración Pública hacer uso de la facultad que le confiere el art. 38.7 del EBEP de regular unilateralmente las condiciones de trabajo¹⁸. Ello no obstante, en el caso de las Entidades Locales, también cabrá la posibilidad de adherirse a los Acuerdos alcanzados en un ámbito supramunicipal o a los Acuerdos alcanzados por otra Entidad Local dentro del territorio de su Comunidad Autónoma (art. 34.2 EBEP), lo que permitirá cubrir los vacíos normativos consiguientes de una forma más respetuosa con el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos que determinando unilateralmente las condiciones de trabajo por la Entidad Local correspondiente.

B) La representación pública

Por parte de las Administraciones Públicas, en principio, no se plantean problemas, ya que los máximos responsables en materia de personal funcionario también lo son en relación con el personal laboral.

3.3 El ámbito objetivo de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral

La Mesa general común al personal funcionario y laboral es competente para negociar “*todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral*” de la correspondiente Administración Local (art. 36.3 del EBEP), esto es, aquellas materias o condiciones de trabajo del personal funcionario y laboral que reciban un tratamiento unitario e, incluso, paralelo en el EBEP y otras normas administrativas¹⁹. Por consiguiente, la Mesa general común negociará las siguientes materias: los criterios generales en materia de planes e instrumentos de planificación de recursos humanos, sistemas de clasificación de puestos de trabajo, ofertas de empleo público, acceso y evaluación del desempeño; el incremento de las retribuciones del personal al servicio de la correspondiente Administración; la formación continua; la salud laboral; y los planes de Previsión Social Complementaria. Estas materias, que constituyen el núcleo “duro” del régimen estatutario del empleado público, están reguladas en el EBEP por normas comunes al personal funcionario y laboral y, por lo tanto, permeables a la relación de empleo público.

En cuanto al resto de materias, aunque el ámbito y límites de la autonomía colectiva laboral son sustancialmente menos restrictivos que los de la negociación colectiva funcional, aquélla podría actuar dentro del marco de esta última. No obstante, la negociación de estas materias por un órgano de negociación común para el personal funcional y laboral con efectos jurídicos vinculantes, no sólo para las partes firmantes, tropieza con obstáculos difíciles de salvar. En particular, la exigencia de una representatividad acumulada en los ámbitos funcional y laboral para acceder a la Mesa general común, dificulta la obtención de dicha legitimación a los sindicatos que la tengan exclusivamente en uno sólo de tales ámbitos. En consecuencia, se menoscabaría su derecho a negociar estas materias o condiciones de trabajo en el seno de las mesas o comisiones negociadoras específicas de los funcionarios o de los trabajadores. La plenitud de derechos de todas las entidades sindicales podría alcanzarse a base de permitir a tales sindicatos el acceso a la Mesa general común²⁰, pero tal solución no dejaría de plantear problemas. De hecho, la Ley 7/2007 mantiene la separación entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral al remitir a los convenios colectivos la regulación de determinadas materias o condiciones de trabajo del personal laboral, a saber: la carrera profesional y la promoción (art. 19.2), la determinación de las retribuciones (art. 27), la provisión de puestos y movilidad (art. 83), las situaciones del personal laboral (art. 92) y la tipificación de las faltas y sanciones [art. 94.1.a)].

3.4 El procedimiento de negociación de las Mesas de negociación comunes al personal funcionario y laboral

El art. 36 del EBEP no contiene ninguna referencia al procedimiento de negociación de las Mesas generales comunes al personal funcionario y laboral. Sin embargo, hay que indicar que el articulado del Capítulo IV del Título

¹⁸ ROQUETA BUJ, “La negociación colectiva en el Proyecto de Estatuto Básico del Empleado Público...”, cit., págs. 17-18.

¹⁹ En cambio, LÓPEZ GANDÍA, “La negociación colectiva...”, cit., pág. 325, sostiene que serán las propias partes las que determinen cuáles son las materias comunes que van a negociar.

²⁰ Cfr. STS de 13 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 5025/2001).

III de esta disposición legal suele referirse a las Mesas de negociación y a los Pactos y Acuerdos en general, por lo que no cabe sino concluir que aquéllas habrán de someterse a sus previsiones. De este modo, la negociación colectiva laboral en las materias y condiciones de trabajo comunes a los funcionarios públicos se somete a los límites del EBEP, con la consiguiente supremacía de las Administraciones Públicas. Por consiguiente, habrá que distinguir dos etapas o fases fundamentales en el desarrollo cronológico del procedimiento de negociación, a saber: 1ª) El proceso negociador "propriadamente dicho"; 2ª) la fase de "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración Pública.

3.5 La naturaleza de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral

El art. 38.8 de la Ley 7/2007 prevé que "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 para el personal laboral". Así pues, se reconoce la naturaleza jurídica dual de los pactos y acuerdos alcanzados en este tipo de mesas de negociación²¹, sin que se exija que los mismos se formalicen en instrumentos negociales separados.

Vayamos por partes.

Se dice, por un lado, que los Pactos y Acuerdos tendrán la consideración y efectos previstos en el art. 38 del EBEP para los funcionarios públicos. Es decir, la consideración y efectos propios de los Pactos y Acuerdos, de forma que no será necesario abrir una segunda fase de negociación en el seno de las Mesas generales o sectoriales de cada Administración Pública. Es más, éstas no podrán desvincularse de los acuerdos tomados en la Mesa general común al personal funcionario y laboral.

Se dice, por otro lado, que los Pactos y Acuerdos alcanzados tendrán la consideración y efectos previstos en el art. 83 del ET para el personal laboral. Y aquí se incurre en una notoria ambigüedad que habría que corregir, pues el antecitado precepto contempla dos modalidades distintas de la negociación colectiva laboral cuyos efectos son distintos, esto es, los convenios o acuerdos marco (apartado 2) y los acuerdos sobre materias concretas (apartado 3)²². A pesar de la indeterminación en que incurre el art. 38.8 del EBEP, por el contexto en que se inscribe y por su finalidad, parece referirse a los segundos²³. De este modo, las condiciones de trabajo establecidas en los Pactos o Acuerdos comunes se aplicarán directamente a los trabajadores, sin necesidad de ser incorporadas en los convenios colectivos, lo que significa que, tras la suscripción del Pacto o Acuerdo común, no se ha de abrir una segunda fase de negociación en el seno de la comisión negociadora, que se verá jurídicamente impedida de alterarlo.

3.6 La impugnación de los Pactos y Acuerdos comunes al personal funcionario y laboral

El EBEP no determina el orden jurisdiccional competente para resolver sobre la impugnación de los Pactos y Acuerdos de las Mesas generales comunes a personal funcionario y laboral. Éstos, una vez han sido celebrados y aprobados por el órgano de gobierno correspondiente y cumplimentados los trámites de formalización externa pertinentes, poseerán una naturaleza jurídica dual. Por consiguiente, y por lo que se refiere a la impugnación debería distinguirse²⁴: a) La impugnación del Pacto o Acuerdo común en cuanto a los funcionarios habría de

²¹ Sobre la naturaleza del Acuerdo para modernizar la Administración y Mejorar las condiciones de trabajo de los Empleados Públicos de 16 de noviembre de 1991, que era un Acuerdo mixto, ver ESCUDERO RODRÍGUEZ, "El Acuerdo para la modernización de la Administración Pública. La Orden de cotización para 1992 y otras normas laborales", *R.L.*, I/1992, págs. 1132 y ss.; OJEDA AVILÉS, "El "Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo": un importante avance en la negociación colectiva pública", *A.L.*, núm. 17, 1992, págs. 325 y ss.; ROQUETA BUJ, "El proceso de formación y remodelación de la estructura de la negociación colectiva laboral en el ámbito de la Administración del Estado", *R.T.*, núm. 11, 1993; LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico...*, cit., págs. 427 y ss; y RIVERO LAMAS, "El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núms. 6-7, 1995, págs. 117 y ss.

²² Ver, por todos, SANTIAGO REDONDO, *La negociación colectiva en la cumbre (art. 83.3 E.T.)*, Valencia, 1998.

²³ VALVERDE ASENCIO, "Nuevas normas sobre la negociación...", cit., pág. 101.

²⁴ Por contra, OJEDA AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Madrid, 1998, pág. 403, a partir de una interpretación estricta y restrictiva de los términos "libertad sindical" y "derecho de huelga" del artículo 3.a) del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento laboral (LPL) y teniendo en cuenta la naturaleza sindical de los instrumentos negociales que nos ocupan y el

residenciarse ante los tribunales del orden contencioso-administrativo de la jurisdicción; b) La impugnación del Pacto o Acuerdo común en cuanto convenio colectivo debería plantearse ante los tribunales del orden social de la jurisdicción como cualquier convenio colectivo. Tales tribunales, al ser independientes entre sí, podrían alcanzar fallos contradictorios, sin que la nulidad del Pacto o Acuerdo común en cuanto Pacto o Acuerdo comportase su nulidad en cuanto convenio colectivo y viceversa.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que cuando el conflicto jurídico se suscitaba, no en relación con el convenio colectivo, sino en relación con el acuerdo del Pleno de la Entidad Local que lo aprobaba, el criterio del Tribunal Supremo era que la competencia correspondía al orden contencioso-administrativo. El acuerdo del Pleno de la Entidad Local constituye un acto administrativo por el que se perfecciona la voluntad negociada de la Entidad Local. Establecido el carácter de acto administrativo, era evidente, a la luz de lo dispuesto en el art. 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, por la que se regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA), que su impugnación debía realizarse en todo caso ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, máxime cuando dicho acto era recurrido por la infracción de normas administrativas (como, por ejemplo, la Ley de Presupuestos Generales del Estado)²⁵. Posteriormente, el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1999 (Conflicto de competencia núm. 46/1998), señalara que lo que se impugna no es un acto administrativo concerniente a la formación de la voluntad del ente local, sino el contenido de lo negociado por las legitimadas representaciones empresarial y social, por lo que la Administración Pública *“no actúa en el ejercicio de su poder, sino como empresario al igual que puede ocurrir en la relación civil en que intervenga, y por ello para determinar la competencia «no puede atenderse al órgano de que proviene, subjetivismo que supondría un privilegio no establecido por la Ley, porque ésta quiere que la Administración cuando actúa como un particular quede sometida al Orden Social cuando la materia esté regulada por esta norma del Ordenamiento Jurídico»*. En fin, se discute *“la legalidad del contenido del convenio, cuya negociación culminó con el acuerdo de la Administración y no la legalidad formal de éste, pues es aquel contenido y no el acuerdo, quien en su caso podrá contener la extralimitación de los límites de la Ley de Presupuestos, lo que implica que el título de la pretensión corresponda a la rama social del derecho y no al Derecho Público Administrativo”*²⁶.

No obstante, la STS de 1 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 3929/1999) señala que cuando el Ayuntamiento por el acuerdo que está en el origen del proceso, aprobó dos cosas (el acuerdo para los funcionarios y el convenio colectivo para el personal laboral, y en los dos introdujo los incrementos retributivos que motivaron el recurso Contencioso-Administrativo) dotó *“a su actuación de una unidad que ha de mantenerse en la vía judicial pues, de otro modo, podría llegarse, a partir de un mismo acto administrativo -el acuerdo del Pleno municipal de la fecha indicada- a consecuencias distintas y aun contradictorias, como serían las que se producirían de mantenerse el criterio expresado por la Sentencia de instancia para los funcionarios y no resolverse sobre el personal laboral o remitirse al respecto a una decisión futura que bien podría ser contraria a la anterior”*²⁷. Consideraciones de este tipo, además de las que pueden relacionarse con el propósito de no dividir la contienda de la causa, así como con la más adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, a juicio de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, *“exigen la extensión de sus pronunciamientos también respecto del convenio colectivo cuando, como aquí sucede, ha sido aprobado, conjuntamente con el acuerdo sobre condiciones de trabajo de los funcionarios, por un mismo acto municipal y se les reprocha a ambos el mismo vicio: la superación de los límites legales que los entes locales han de observar en materia de incrementos retributivos*

tratamiento conjunto de trabajadores y funcionarios en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical (LOLS), concluye que la impugnación e interpretación de estos instrumentos negociales unitarios corresponden en exclusiva a la jurisdicción social por los trámites del proceso de conflicto colectivo. Sin embargo, aunque, ciertamente, el artículo 3.a) de la LPL no menciona expresamente el derecho de negociación colectiva funcional, el hecho de que se trate de un derecho “sindicalizado” hace evidente su inclusión en la excepción del citado artículo.

²⁵ SSTS de 9 de mayo de 1996 (Rec. núm. 2201/1996), 30 de mayo de 1997 (Rec. núm. 9512/1995), 2 de septiembre de 1997 (Rec. núm. 4075/1994), 9 de diciembre de 1997 (Rec. núm. 5642/1995), 27 de enero de 1998 (Rec. núm. 1994/1995), 18 de mayo de 1998 (Rec. núm. 3853/1995) y 30 de junio de 1998 (Rec. núm. 6791/1995).

²⁶ En el mismo sentido, las SSTS de 28 de abril de 2000 (Rec. núm. 4567/1996), 4 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 4224/1996), 21 de mayo de 2002 (Rec. núm. 537/1996) y 24 de febrero de 2004 (Rec. núm. 2255/2000). Cfr. SALA FRANCO, “Conflictos laborales en las Administraciones Públicas y jurisprudencia competente. ATS 22 de marzo de 1999”, A.L., núm. 5, 2000, págs. 63 y ss.

²⁷ En el mismo sentido se expresan la STS (Sala de lo Social) de 24 de enero de 1995 (Rec. núm. 409/1994), y las SSTS de 29 de mayo de 1998 (Rec. núm. 4822/1995) y 4 de mayo de 2004 (Rec. núm. 99/2002).

de su personal". Si nos atenemos a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, habrá que convenir que la competencia para resolver sobre la impugnación de los Pactos y Acuerdos de las Mesas generales comunes a personal funcionario y laboral corresponderá al orden contencioso-administrativo²⁸. En todo caso, y como medida de precaución, se aconseja incluir en los mismos una cláusula de vinculación a la totalidad o a la indivisibilidad de lo acordado.

²⁸ En el mismo sentido, GUILLÉN OLCINA, "Convenios, Pactos y Acuerdos...", cit., pág. 333; y MARCED CAÑETE, "La negociación colectiva de los empleados públicos y el control jurisdiccional", en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia, 2006, págs. 355 y ss. En sentido contrario, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., "Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión", en AA.VV., *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público*, Pamplona, 2008, pág. 280; y LÓPEZ GANDÍA, "La negociación colectiva...", cit., pág. 322; y RIVERO LAMAS y DE VAL TENA, "Derecho a la negociación colectiva...", cit., pág. 370.