

EL DEBER DE NEGOCIAR DE BUENA FE EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Remedios Roqueta Buj

Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

1. Introducción.....	1
2. El deber de negociar de buena fe en el proceso de negociación	3
2.1. El deber de negociar de buena fe en las diferentes fases del proceso de negociación	3
2.1.1. La apertura de las negociaciones	3
2.1.2. La convocatoria de la mesa negociadora	4
2.1.3. El deber de información a la contraparte	5
2.1.4. El deber de negociación misma.....	6
2.1.5. La prohibición de violencia.....	9
2.1.6. La falta de acuerdo entre las partes.....	9
2.1.7. El principio de la buena fe en la fase de "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente	13
2.2. La acreditación de la buena fe negocial	15
2.3. El incumplimiento del deber de negociar de buena fe	15
3. El principio de la buena fe durante la vigencia de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos. La modificación de los acuerdos alcanzados por las Administraciones Públicas	18
3.1. Ámbito de aplicación	19
3.1.1. Ámbito subjetivo	19
3.1.2. Ámbito objetivo.....	19
3.2. Órganos competentes	21
3.3. Causas justificativas.....	21
3.4. Procedimiento.....	23
3.5. Facultades.....	24

1. Introducción

El art. 33.1 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), sujeta la negociación colectiva al principio de "buena fe negocial". A mayor abundamiento, el art. 34.7 del EBEP dispone que "ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación". De este modo, se incorpora a la Ley el criterio doctrinal que consideraba que, pese al silencio de la LORAP, las negociaciones debían realizarse bajo el principio de la buena fe, ya que, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 9.1 y 103.1 de la Constitución, los principios generales del Derecho y, entre ellos, el de la buena fe vinculan plenamente toda la

actividad de la Administración Pública¹.

Por lo demás, el deber de negociar de buena fe se exige tanto en la fase de iniciación del proceso negociador como en su desenvolvimiento y finalización, aunque no cabe duda que es partir del momento en que comienzan las deliberaciones cuando está llamado a desempeñar su papel principal. Iniciado el proceso negociador, la Administración y los sindicatos vienen obligados a observar una conducta clara, inequívoca y veraz al realizar cada uno de los actos que integran el proceso, cualquiera que sea su finalidad.

Es más, el deber de negociar de buena fe no sólo tiene aplicación en el proceso negociador propiamente dicho -en el que existe un acuerdo de voluntades-, sino también en la fase de "*aprobación expresa y formal*" del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente, pues, aun cuando ésta emana unilateralmente de la Administración, presupone la actuación de los sindicatos a quienes, a su vez, se refieren sus efectos². No acabando sólo aquí, sino que debe presidir también las relaciones de las partes

¹ A este respecto, debe subrayarse que el art. 9.1 de la Constitución dispone la sujeción general de los poderes públicos y, por tanto, de la Administración, que es uno de ellos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Es más, el art. 103.1 del citado texto, que no es sino una especificación de este presupuesto fundamental de la Constitución, proclama explícitamente para esta última el "*sometimiento pleno a la ley y al Derecho*". De este modo, los principios generales del Derecho y, entre ellos, el de la buena fe vinculan plenamente toda la actividad de la Administración, incluida la reglamentaria, con independencia de su consagración expresa en una norma jurídica positiva. A mayor abundamiento, el art. 9.3 de la CE garantiza de una manera específica "*la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*", y, por tanto, de la Administración. En definitiva, los principios generales del Derecho administrativo constituyen elementos suficientes en el orden aplicativo supletorio para integrar la laguna legal y afirmar que la negociación de los Pactos y Acuerdos está subordinada al principio general de la buena fe. A mayor abundamiento, la Ley 4/1999, al modificar el art. 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), considerará principios generales que deberán respetar las Administraciones Públicas en su actuación los de buena fe y confianza legítima. DEL REY GUANTER afirmaba que las partes -al igual que en el caso del artículo 89.1 del ET- estaban obligadas a negociar bajo el principio de buena fe, siquiera fuera por aplicación supletoria del Código Civil -vid. arts. 3.1 y 7- (DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas*, MAP, Madrid, 1988, pág. 243). En el mismo sentido, DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Pamplona, 1995, pág. 185. Por su parte, BLASCO ESTEVE, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local", en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal* (coord. Muñoz Machado), Tomo II, Madrid, 1988, pág. 2171, afirmaba que las partes estaban obligadas a negociar de buena fe en virtud de lo dispuesto en el art. 89.1 del ET. El resto de la doctrina se manifestaba partidario de la existencia de la obligación de negociar de buena fe, si bien no indicaban el fundamento jurídico de dicho deber. Así, OJEDA AVILÉS, "Los derechos de representación y negociación de los funcionarios públicos según la Ley 7/1990, de 12 de mayo", *R.L.*, núm. 8, pág. 24; y LÓPEZ GANDÍA, "La negociación colectiva de los funcionarios", *Revista de Treball*, núm. 8, 1988, pág. 23. En el mismo sentido, las SSTs de 21 de marzo de 2002 (Rec. núms. 1074/2001 y 739/1996); y la SAN de 7 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1033/1997).

Sobre el principio de la buena fe, véanse SÁNCHEZ TORRES, *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*, CES, Madrid, 1999; MONTOYA MELGAR, *La buena fe en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 2001; y GÓNZALEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Pamplona, 2009.

² Para MARTÍNEZ ABASCAL, "Contenido de la negociación colectiva. Materias de consulta obligatoria y de consulta potestativa", en AA.VV., *Seminario sobre las relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1990,

una vez se han firmado y aprobado los Pactos y Acuerdos, respectivamente.

2. El deber de negociar de buena fe en el proceso de negociación

2.1. El deber de negociar de buena fe en las diferentes fases del proceso de negociación

2.1.1. La apertura de las negociaciones

De acuerdo con el art. 34.6 del EBEP, “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” y, 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”. De este modo, el proceso negociador puede abrirse de común acuerdo entre las representaciones pública y sindical y, en su defecto, a instancia de la Administración Pública (a) o de la mayoría de la representación sindical (b).

a) Si la Administración quiere regular cualquiera de las materias señaladas en el art. 37.1 del EBEP, está obligada a poner en marcha el proceso de negociación (arts. 33.1 y 37.1 EBEP)³.

b) El proceso negociador se iniciará también a instancia de la mayoría de la representación sindical (art. 34.6 EBEP). Por “*parte legitimada*” debe entenderse la representación sindical que lo está en función no sólo del art. 33.1 sino también respecto del art. 35.1 del EBEP. Es decir, no pueden promover la iniciación de negociaciones los sindicatos legitimados por el art. 33.1 sin saber todavía si cumplen con la mayoría exigida por el art. 35.1 del EBEP. Así, un sindicato más representativo o simplemente representativo en el ámbito correspondiente que no cuenta con la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en dicho ámbito, no puede iniciar las negociaciones. Esto se deduce del tenor literal del art. 34.6 del EBEP al indicar que el proceso se iniciará a instancia de la “*mayoría*” de la representación sindical.

El efecto general más importante del procedimiento de negociación, una vez iniciado, es el deber de negociar. En efecto, iniciado un procedimiento, tanto si se incoa de oficio como a instancia de parte, surge para los interesados el derecho a participar activamente en su desarrollo y tramitación y el deber de la Administración de impulsarlo hasta llegar a su resolución y de resolver conforme se establece con carácter general en los arts. 74.1 y 41.1

págs. 356 y 357, la obligación de negociar de buena fe se circunscribe a la fase estrictamente negocial.

³ SSTs de 21 de marzo de 2002 (Rec. núms. 1074/2001 y 739/1996), 17 de febrero de 2003 (Rec. núm. 475/2000), 23 de junio de 2003 (Rec. núm. 3720/1997), 16 de enero de 2004 (Rec. núm. 6257/1998), 19 de enero de 2004 (Rec. núm. 6258/1998), 6 de febrero de 2004 (Rec. núm. 7856/1998), 11 de mayo de 2004 (Rec. núm. 1490/1997), 14 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 1842/1999), 4 de julio de 2007 (Rec. núm. 3492/2002), 6 de mayo de 2009 (Rec. núm. 277/2005), 9 de junio de 2009 (Rec. núm. 277/2005), 20 de noviembre de 2009 (Rec. núm. 5189/2006), 7 de mayo de 2010 (Rec. núm. 3492/2007), 22 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 3819/2007), 22 de septiembre de 2010 (Rec. núm. 3860/2007), 13 de octubre de 2010 (Rec. núm. 3043/2007), 27 de enero de 2011 (Rec. núm. 5854/2007), 16 de febrero de 2011 (Rec. núm. 2012/2008) y 8 de abril de 2015 (Rec. núm. 1813/2014).

de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

A mayor abundamiento, el art. 34.7 del EBEP establece que “ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de la buena fe y proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación”. Aunque las expresiones “deber de negociar” y “obligación de negociar de buena fe” carecen de significados totalmente equivalentes, es evidente que la segunda presupone la primera. En base a estos dos argumentos se puede concluir que, una vez iniciado el proceso negociador, ambas partes y, especialmente, la Administración, dada su obligación general de tramitar y resolver todo procedimiento, están obligadas a negociar. Por deber de negociar, hay que entender, por lo demás, el deber de adoptar las medidas procedentes para que la negociación se haga realidad, esto es, el cumplimiento del iter procedimental que establece el EBEP. De esta forma, las partes están obligadas a sentarse a la mesa negociadora, si bien, en ningún caso, el deber de negociar entraña la obligación de llegar a un acuerdo.

La Ley alude a dos causas que impedirán la iniciación del proceso negociador promovido a instancia de una de las partes y que, consiguientemente, eximirán a la otra del deber de negociar:

- En primer lugar, las “*causas legales*”, debiéndose entender por tales la falta de competencia o de legitimación de la parte promotora o de la parte receptora o la no comunicación en forma del escrito de iniciación de negociaciones.
- En segundo lugar, las “*causas pactadas*”, debiéndose entender por tales el incumplimiento de los compromisos asumidos previamente por las partes al amparo de los apartados 8 y 4 del art. 38 del EBEP o cuando se trate de revisar un Pacto o Acuerdo en vigor⁴. No obstante ello, el art. 38.4 del EBEP debe ser interpretado en términos razonables pues pueden existir graves razones de interés público que justifiquen la negociación de un nuevo Pacto o Acuerdo. En tal caso, la Administración, sin embargo, deberá hacer uso previamente de la prerrogativa que le confiere el art. 38.10 del EBEP.

2.1.2. La convocatoria de la mesa negociadora

En la fecha que, de común acuerdo, fijen las partes y, a falta de acuerdo, en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción del escrito de iniciación de las negociaciones, se debe proceder a constituir la mesa de negociación (art. 34.6 EBEP). El legislador no predetermina a quien corresponde convocar la mesa negociadora. No obstante, teniendo en cuenta que la Administración está obligada a impulsar de oficio el proceso negociador en todos sus trámites,

⁴ En este sentido, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 18 de enero de 2002 (JUR/159912) sostiene que “*resulta contraria a la doctrina de los actos propios que el CSI-CSIF participe en una Mesa en la que se hace constar, sin protesta o impugnación de ningún tipo, que “se da por cerrada la negociación sobre los Institutos Médicos Legales (IML)” y, más de un año después, recurra en vía jurisdiccional por no haber negociado determinados aspectos de los IML, contradiciendo con ello su propia actuación en vía administrativa, y sin que se aporte argumento o prueba alguna eficaz frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa (art. 57.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)”*”.

hay que concluir que es ella y, más concretamente, sus representantes, quienes están específicamente obligados a efectuar la convocatoria de la mesa negociadora.

Dicha convocatoria debe notificarse a todos y cada uno de los sindicatos con legitimación para formar parte de la mesa negociadora (arts. 4, 8 y 40 de la LPAC). Una convocatoria parcial, no hecha a la totalidad de las organizaciones sindicales con legitimación negocial, supondrá la trasgresión del derecho de libertad sindical de aquel sindicato que estando legitimado para negociar no haya sido llamado a la mesa negociadora y ello determinará que la mesa negociadora no quede válidamente constituida y, por tanto, la nulidad de las actuaciones y de la norma que ponga fin al procedimiento negociador.

Por lo demás, la Administración Pública debe convocar la mesa negociadora con la antelación suficiente para que los sindicatos puedan preparar la reunión⁵.

2.1.3. El deber de información a la contraparte

Las partes estarán obligadas a *“proporcionarse mutuamente la información que precisen relativa a la negociación”* (art. 34.7 EBEP). El deber de informar a la contraparte deriva del deber de negociar de buena fe, al tener cada parte que justificar razonadamente sus posturas, especialmente las negativas. Por lo demás, es un deber recíproco, por mucho que lógicamente la parte más afectada sea la empleadora. También los sindicatos han de responder, por ejemplo, a demandas sobre su organización interna, si ello justifica una postura reticente a la discusión.

Las prerrogativas de los sindicatos de obtener información plantean difíciles cuestiones de contenido y límites en la negociación, pues el secreto es una de las constantes que caracterizan a través del tiempo la acción administrativa. Por eso vale la pena llevar a cabo un examen de los planteamientos normativos que se refieren a la transparencia y publicidad de las actuaciones administrativas, tratando de poner de relieve los preceptos en torno a los cuales los sindicatos pueden articular su pretensión de obtener de la Administración Pública la información necesaria para el desarrollo de la negociación.

Así y en primer lugar, debe señalarse que los sindicatos en cuanto personas jurídicas o, al menos, sus miembros en su condición de personas físicas tendrán derecho en virtud de lo dispuesto en el art. 13.d) de la LPAC *“al acceso a la información pública, archivos y registros, de acuerdo con lo previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y el resto del Ordenamiento Jurídico”*⁶. De este modo, no estando las materias susceptibles de negociación entre los límites al derecho de acceso a la información pública que se señalan en el art. 14 de la Ley 19/2013, los sindicatos tendrán la posibilidad de consultar o manejar cuantos documentos, informes y resoluciones, cualquiera que sea su formato o soporte, que haya podido dictar la Administración al respecto, lo que les permitirá una adecuada preparación del ejercicio de su derecho a la

⁵ SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 469/2012) y 30 de junio de 2015 (Rec. núm. 492/2012).

⁶ Cfr. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional ...*, cit., pág. 181.

negociación y el control ulterior de las decisiones que puedan adoptarse en relación a dicho ejercicio.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que las normas de garantía del interesado previstas en la LPAC son también aplicables a los sindicatos, ya que éstos son parte interesada en el proceso negociador. Por lo tanto, los sindicatos negociadores pueden fundamentar su pretensión de acceder a la documentación e información necesaria en aquellos preceptos que consagran la publicidad del procedimiento común en favor de los interesados. Pues bien, el art. 82.1 de esta disposición legal asegura al interesado el conocimiento de la totalidad del expediente con *"las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre"*. Por consiguiente, si se concede alguna sustantividad a la supuesta equivalencia entre éstos y los sindicatos negociadores, cabe sostener paralelamente a lo establecido en relación a los primeros, que los sindicatos tienen derecho a conocer todas las piezas y elementos de la tramitación de los Pactos y Acuerdos en curso de negociación. Es más, como la finalidad de este derecho es garantizar al interesado el conocimiento de todos aquellos extremos necesarios para que puedan realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses, la vista del expediente debe tener lugar durante todo el proceso negociador. No puede limitarse al momento previsto en el art. 82.1 de la LPAC, esto es, al trámite de audiencia, ya que los sindicatos, a diferencia de los interesados en el procedimiento administrativo común, participan durante todo el procedimiento, a excepción de la fase de aprobación del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente.

Por último, un interrogante especialmente importante es el relativo a si pueden o deben hacerse públicas las instrucciones que el Gobierno señale a los representantes de la Administración General del Estado. Por lo que se refiere a la publicidad general, hay que indicar que, aunque la misma es normalmente el peor enemigo de la negociación, el hacer públicas las posiciones de las partes podría ser conveniente en el ámbito funcional, ya que la opinión pública podría jugar un papel de presión importante sobre las partes, especialmente en el sentido de obligarlas a hacer el máximo esfuerzo para terminar el conflicto en los impasses negociales y llegar a un acuerdo. Más específicamente, mediante la publicidad, la opinión pública podría identificar la parte irrazonable o menos razonable y ejercer presión sobre la misma para que disminuyera sus expectativas en el proceso negocial. En lo que concierne a la publicidad particular, el acuerdo del Consejo de Ministros, dada su trascendencia para la elaboración de los Pactos y Acuerdos, habrá de incluirse en el expediente, ya que la enumeración que hace el art. 26.10 de la LGO no es exhaustiva, de modo que los sindicatos, al amparo de la normativa antes reseñada y, fundamentalmente, por la exigencia de negociar de buena fe podrán conocerlas.

2.1.4. El deber de negociación misma

Una vez las partes están sentadas en la mesa negociadora, el motor que impulsa el procedimiento es el principio de la buena fe, pues obliga a las partes a realizar un esfuerzo sincero de aproximación mutua para obtener un acuerdo. El deber de negociar de buena fe constituye una obligación de medio con un contenido positivo (a) y otro negativo (b).

a) Del lado positivo, supone que las partes han de tener la posibilidad de alegar lo que consideren oportuno⁷, de aportar propuestas y contrapropuestas⁸ y de tener contactos o conversaciones con carácter previo a la adopción del acuerdo o acuerdos⁹, y que están obligadas a observar una conducta que haga posible la conclusión del Pacto o, en su caso, del Acuerdo, esto es, a realizar todos los esfuerzos que estén en su mano para llegar a un compromiso, transigiendo dentro de sus posibilidades y justificando su negativa a aceptar las propuestas de la contraparte¹⁰.

Algunas resoluciones judiciales consideran que la Administración Pública no incumple el deber de negociar de buena fe por el hecho de no llegar a la conclusión de un acuerdo negociado sobre la materia de que se trate, siguiendo el procedimiento de examinar *“sucesivamente las distintas normas reglamentarias, aceptándose o rechazándose por los representantes de la Administración las observaciones de las Centrales Sindicales”*¹¹, o que basta con que los sindicatos puedan manifestar cuantas sugerencias y alegaciones tengan por conveniente¹². Estamos, sin embargo, en presencia de dos cosas distintas, una es negociar con los sindicatos y otra es otorgarles audiencia, que es lo único que consta cuando se actúa de esta manera¹³. Como señala la STS de 13 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 5025/2001), el derecho de negociación colectiva *“no consiste solamente en la posibilidad formal de sentarse a una mesa a efectuar las propuestas que se tengan por convenientes, sino que incluye el derecho a que tales propuestas sean escuchadas y la posibilidad (aunque no la garantía, obviamente) de que sean acogidas”*.

b) Desde el punto de vista negativo, la buena fe supone evitar las obstrucciones, esto es, no simular que se negocia cuando no se está dispuesto a convenir, no dilatar las negociaciones,

⁷ SSTS de 13 de abril de 1998 (Rec. núms. 353/1996, 356/1996, 357/1996, 361/1996, 354/1996, 360/1996 y 362/1996), 4 de mayo de 1998 (Rec. núm. 350/1996), 9 de febrero de 1999 (Rec. núm. 341/1996), 1 de marzo de 1999 (Rec. núm. 355/1996), 26 de marzo de 1999 (Rec. núm. 370/1996) y 30 de marzo de 1999 (Rec. núm. 359/1996)].

⁸ SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de abril de 2000 (Rec. núm. 4293/1996) y de Castilla y León de 15 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 60/2002).

⁹ SSTSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 82/1999) y de Baleares de 13 de junio de 2003 (Rec. núm. 700/2000).

¹⁰ STSJ del País Vasco de 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 480/2002). Cfr. SAN (Sala de lo Social) de 16 de septiembre de 1994 (Proc. núm. 130/1994); SAN de 7 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1033/1997); y SSTSJ de Baleares de 13 de junio de 2003 (Rec. núm. 700/2000), y del País Vasco de 27 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 369/2001).

¹¹ SSTS de 13 de abril de 1998 (Rec. núms. 353/1996, 356/1996, 357/1996, 361/1996, 354/1996, 360/1996 y 362/1996), 4 de mayo de 1998 (Rec. núm. 350/1996), 9 de febrero de 1999 (Rec. núm. 341/1996), 1 de marzo de 1999 (Rec. núm. 355/1996), 26 de marzo de 1999 (Rec. núm. 370/1996), 30 de marzo de 1999 (Rec. núm. 359/1996) y 9 de marzo de 2000 (Rec. núm. 376/1996).

¹² STS de 8 de noviembre de 2002 (Rec. núm. 189/1999); y SSTSJ de Castilla y León de 27 de julio de 2001 (Rec. núm. 52/2001), de Galicia de 17 de marzo de 2004 (Rec. núm. 438/2002), del País Vasco de 18 de febrero de 2005 (Rec. núm. 1705/1999), y de Castilla y León de 11 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 2267/2004).

¹³ Cfr. SSAN de 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 1/2005), 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 57/2005) y 18 de mayo de 2005 (Rec. núm. 20/2005).

suministrar razones convincentes y ofrecer una contrapuesta razonable. Implica no usar de intimidación, maquinaciones dolosas ni claro aprovechamiento por una de las partes del error en que la otra pueda incurrir. Comporta también evitar por ambas partes posiciones absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar la propia negociación.

Ahora bien, el deber de negociar y de hacerlo, además, de acuerdo con el principio de buena fe no obliga a las partes a llegar a un acuerdo, y prueba de ello es la expresa previsión legal de mecanismos para suplir los fracasos de la negociación¹⁴. Téngase en cuenta a este respecto que en muchas materias el margen de maniobra de la autonomía negociadora de las Administraciones Públicas es muy limitado, por lo que su negativa a aceptar las propuestas de las organizaciones sindicales no es que esté guiada por una voluntad de obstrucción u obstaculización de la negociación sino que obedece a un escenario de negociación estrecho impuesto por el marco legal¹⁵.

La inexistencia de un deber de llegar a un acuerdo, a juicio del Tribunal Supremo, determina que la Administración no esté obligada a celebrar un número mínimo de reuniones¹⁶ ni *“a mantener la negociación con carácter indefinido, puesto que en última instancia a ella compete tomar o promover las decisiones precisas para dar satisfacción a los intereses generales”*¹⁷. El deber de negociar de buena fe obliga, más simplemente, a mantener una actitud "abierta" a la posibilidad de compromiso. Sin embargo, la trascendencia de esta obligación es evidente si se relaciona con la posibilidad de regulación unilateral que, en base

¹⁴ En idéntico sentido, DEL REY GUANTER, Comentarios a la Ley de Órganos de Representación..., cit., pág. 243; MARTÍNEZ ABASCAL, “Contenido de la negociación colectiva...”, cit., pág. 355; y las SSTs de 13 de abril de 1998 (Rec. núms. 353/1996, 356/1996, 357/1996, 361/1996, 354/1996, 360/1996 y 362/1996), 4 de mayo de 1998 (Rec. núm. 350/1996), 9 de febrero de 1999 (Rec. núm. 341/1996), 1 de marzo de 1999 (Rec. núm. 355/1996), 26 de marzo de 1999 (Rec. núm. 370/1996), 30 de marzo de 1999 (Rec. núm. 359/1996), 17 de febrero de 2003 (Rec. núm. 475/2000) y 4 de marzo de 2003 (Rec. núm. 44/2001); las SSAN de 7 de noviembre de 2000 (Rec. núm. 1033/1997), 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 1/2005), 4 de mayo de 2005 (Rec. núm. 57/2005), 18 de mayo de 2005 (Rec. núm. 20/2005), 5 de marzo de 2009 (RJCA/299), 13 de marzo de 2009 (JUR/170161), 2 de abril de 2009 (JUR/196422) y 6 de junio de 2012 (JUR/214673); y las SSTSJ del País Vasco de 22 de diciembre de 2000 (Rec. núm. 82/1999), de Baleares de 13 de junio de 2003 (Rec. núm. 700/2000), del País Vasco de 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 480/2002), de Andalucía de 28 de abril de 2006 (Rec. núm. 1684/2003), de Castilla y León de 20 de octubre de 2006 (Rec. núm. 1121/2005), y de Galicia (CA) de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 112/2013) y 21 de octubre de 2015 (Rec. núm. 135/2014).

En todo caso, aun admitiendo que la Administración hubiese convenido un espacio de negociación con los sindicatos, si más tarde no se produce dicha negociación, no puede sostenerse la existencia de un acuerdo de voluntades vinculantes [STS de 7 de junio de 1991 (Rec. núm. 1512/1990)]. Como pone de manifiesto la sentencia de la SAN de 16 de septiembre de 1994 (Proc. núm. 130/1994), *“el compromiso de las partes a negociar, y eso supone una actividad encaminada, con propósito de buena fe, a lograr un pacto en tal sentido, pero en ningún caso sería lícito imponer a una parte otra obligación de signo diferente o de más amplio alcance, como pudiera ser la de asumir y suscribir las propuestas de los otros interesados, esto es, la obligación contraída se refiere exclusivamente a la actividad negociadora, pero no implica la de llegar ineludiblemente a un acuerdo mutuo”*.

¹⁵ SSTSJ de Galicia (CA) de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 112/2013) y 21 de octubre de 2015 (Rec. núm. 135/2014).

¹⁶ SAN (CA) de 6 de junio de 2012 (Rec. núm. 446/2010).

¹⁷ STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993).

al apartado 7 del art. 38 del EBEP, se abre a la Administración, de forma que aquélla sólo puede ser considerada como un recurso extremo. De lo contrario, la Administración podría mantener una actitud inflexible durante el proceso de negociación, a sabiendas de que al final se le abriría aquella posibilidad, quedando vacío prácticamente de contenido el derecho a la negociación colectiva en la función pública.

2.1.5. La prohibición de violencia

Aunque el EBEP no condena el uso de la violencia en las negociaciones, es obvio que el deber de negociar bona fide impide el ejercicio de la violencia por cualquiera de las partes. Acerca de lo que deba entenderse por violencia puede afirmarse con toda seguridad que el ejercicio del derecho de huelga no constituirá "violencia" en ningún caso¹⁸. El panorama de fondo de la negociación puede ser de tensión e, incluso, de conflicto abierto, en forma de huelga, lo que no invalida la negociación ni sus resultados, salvo que la presión degenera en violencia sobre las personas y/o sobre los bienes.

2.1.6. La falta de acuerdo entre las partes

El art. 38.7 del EBEP dispone que "en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo". De este modo, en caso de desacuerdo, primero habrá de intentarse la mediación, si lo solicita una de las partes negociadoras (art. 45.3 EBEP)¹⁹, y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente

¹⁸ Así se deduce, a contrario sensu, de las palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 1987 referida a un supuesto de hecho acaecido con anterioridad a la entrada en vigor de la LORAP, a pesar de que en la misma se sostiene que la expulsión por la Administración de un sindicato de la mesa de negociaciones por el hecho de convocar una huelga no puede considerarse como constitutiva de lesión para los derechos de huelga del mismo o del libre ejercicio de su actividad sindical. A este respecto, afirma lo siguiente: *"Basta para ello con constatar que la Mesa repetidamente citada constituye simplemente un modo de hacer llegar a la Administración (que conserva todas sus facultades para elaborar el proyecto de norma estatutaria del Profesorado) las opiniones, aspiraciones e intereses de los distintos Sindicatos presentes entre los profesores de distintos niveles y dedicaciones, y no en realidad una negociación con el alcance y consecuencias jurídicas propias del ámbito laboral, puesto que aquí se trata fundamentalmente de aportaciones para la preparación de un proyecto de norma estatutaria de un sector de funcionarios de la Administración, no de la negociación de un convenio laboral. Si, por consiguiente, uno de los Sindicatos presentes en esa Mesa intentó simultanear la presencia en ella con la convocatoria de una huelga que sirviera de instrumento de presión en favor de sus puntos de vista (este hecho no ha sido negado sino admitido por el recurrente) la decisión del representante de la Administración de colocarle en la alternativa de abandonar la Mesa si seguía la convocatoria de huelga, no puede reputarse lesiva para este derecho en cuanto su ejercicio no se violenta por la presencia o no en una Mesa de las características citadas, en la cual se trata de ajustar simplemente puntos de vista e intereses"*.

¹⁹ De conformidad con el art. 45.3 del EBEP, serán las "partes" quienes podrán instar la mediación o, en su caso, acordar el arbitraje voluntario. La Ley se refiere a las "partes" sin más, lo que obedece a que estos procedimientos están previstos tanto para los conflictos de intereses suscitados en las mesas negociadoras a lo

dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo²⁰. Sólo si una de las partes y, en particular, la representación sindical, solicita la mediación, la Administración Pública está obligada a remitir el conflicto a un mediador imparcial²¹. Ciertamente, a ésta le basta con discrepar en la elección del tercero para barrenar el procedimiento de mediación sin haber entrado en materia. Sin embargo, teniendo en cuenta que la buena fe es exigible durante todo el proceso negociador, tal conducta viene vedada por la vigencia de este principio.

Un problema que se plantea es el de determinar las relaciones que existen entre el sistema de mediación en análisis y la huelga. Es decir, determinar si el recurso a la mediación suspende el ejercicio del derecho de huelga, sobre todo cuando la propuesta de someterse a la misma parte de las organizaciones sindicales. La ausencia de cualquier indicación legal al respecto, permite que la parte sindical adopte medidas de presión antes, durante o después de la mediación²². No obstante ello, el Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo (RDLRT), establece determinadas reglas que tratan de evitar interferencias recíprocas entre la huelga y el procedimiento de conflicto colectivo. Los arts. 17 y 18 de esta norma prohíben “jugar a dos barajas”, de modo que el ejercicio del derecho de huelga impide acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto colectivo, ni por parte de los mismos trabajadores ni de los empresarios, suspendiéndose el segundo en el caso de iniciarse o mantenerse el primero, y hasta no desistan de él. Pues bien, en principio, podría pensarse que tal solución, al estar incluida en una norma que no es de aplicación en la función pública, no puede ser trasplantada a este supuesto. Sin embargo, al igual que se ha sostenido la posibilidad de aplicar en la función pública, de forma analógica, algunas de las reglas contenidas respecto de la huelga en el RDLRT, podría concluirse que una de ellas es la relativa a la imposibilidad de simultanear una huelga y el procedimiento de mediación. En sentido contrario, debe significarse que el legislador, al impedir acudir simultáneamente al procedimiento de conflicto colectivo y a la huelga trataba de compaginar el arbitraje de la autoridad laboral que se instauraba en la segunda fase del procedimiento con el derecho de huelga. En cambio, aquí la mediación tan sólo es un instrumento auxiliar de la negociación,

largo de la negociación como para los conflictos de interpretación y aplicación de lo acordado que se planteen en el seno de las comisiones paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos. Por el contexto en que se inscribe esta disposición, por su contenido y por mera lógica, hay que entender que en este caso las “partes” son las representaciones sindical y pública de las mesas de negociación. Por consiguiente, la representación sindical legitimada para instar la mediación y, en su caso, acordar el arbitraje, será aquella que esté legitimada para suscribir los Pactos o Acuerdos, y lo hará de acuerdo con el régimen de adopción de los acuerdos negociales, dado que el compromiso logrado a través de la mediación o de la resolución del arbitraje constituyen un “sucedáneo” de los mismos.

²⁰ Cfr. las SSTSJ de las Canarias de 20 de mayo de 2005 (Rec. núm. 113/2004) y de la Comunidad Autónoma del País Vasco de 19 de abril de 2007 (Rec. núm. 3181/1992).

²¹ STSJ de Madrid (CA) de 5 de mayo de 2011 (Rec. núm. 389/2010) y 17 de mayo de 2011 (Rec. núm. 390/2010).

²² Cfr. DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...*, cit., pág. 252; SALA FRANCO y ROQUETA BUJ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, pág. 336; 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, págs. 99 y ss.

ya que la intervención del tercero no es dirimente. Por consiguiente, y dado que la huelga es un instrumento de presión en el proceso de acuerdo, debe tener un espacio en esta fase de negociación asistida. No obstante, las AA.PP. y las organizaciones sindicales podrán establecer la incompatibilidad de los procedimientos de mediación y arbitraje con la huelga.

Además, el art. 45 del EBEP contempla la posibilidad de que las partes designen de común acuerdo y libremente a un tercero que desempeñe la tarea de dirimir, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses suscitado (art. 45.3 EBEP).

Si fracasan la negociación y, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos señalados, la Administración recupera su posición de supremacía, regulando por sí misma y unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 38.7 EBEP)²³, lo cual constituye una de las peculiaridades de la libertad sindical de éstos, que se justifica por la circunstancia de que la Administración Pública, al intervenir como parte en la negociación no lo hace sólo en condición de parte empleadora sino que lo hace también en cuanto garante de los intereses generales, cuya tutela le viene encomendada²⁴. De este modo, una vez fracasada la negociación, la Administración Pública se transforma en su función de parte "empleadora" a Estado dotado de "imperium" para garantizar los intereses generales²⁵. Sin embargo, la valoración ha de ser negativa "si, en vez de considerarse como recurso último y en circunstancias especiales, se transforma en la forma habitual de resolver los naturales "impases" y confrontaciones de opiniones que se produce en todo proceso de negociación, esto es, en un mecanismo "natural" de neutralización del derecho de la parte sindical funcional a la negociación colectiva"²⁶. En definitiva, se trata de un límite "unilateral" a la autonomía colectiva y que, en cuanto tal, ha de ser restrictivamente

²³ STS de 25 de marzo de 2009 (Rec. núm. 6158/2005).

Se ha afirmado que estamos ante una especie de arbitraje, pero con la particularidad de que el "arbitro" es una de las partes en la negociación (DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...*, cit., pág. 244). Otras opiniones excluyen expresamente el término arbitraje para hablar, en su lugar, de "laudo de obligado cumplimiento", precisamente por la falta de neutralidad del supuesto arbitro subrayando su condición de límite unilateral a la autonomía sindical (OJEDA AVILÉS, "Los derechos de representación...", cit., pág. 26; y RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, "La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987", R.L., núm. 20, 1997, pág. 7). Sin embargo, como se subraya de forma correcta a nuestro juicio, la decisión administrativa más que un arbitraje o un laudo de obligado cumplimiento, es una facultad normativa subsidiaria que entra en juego en defecto de la negociación, que es la llamada en primer lugar a cumplir esa función (GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución de los conflictos colectivos en la función pública", en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1990, pág. 456).

²⁴ GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución...", cit., pág. 455; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, "La negociación colectiva...", cit., pág. 7. A este respecto, la STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993) señala que "la Administración no está obligada a mantener la negociación con carácter indefinido, puesto que en última instancia a ella compete tomar o promover las decisiones precisas para dar satisfacción a los intereses generales".

²⁵ En la función pública el bloque de legalidad, en ausencia de Pactos y Acuerdos, se reduce a la ley; ley que en la mayoría de los casos no podrá ser aplicada sin el complemento indispensable de aquellos. Lo cual produciría efectos negativos graves sobre el funcionamiento de los servicios públicos gestionados por los funcionarios públicos afectados por el conflicto de intereses.

²⁶ DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...*, cit., págs. 244 y 245.

interpretado²⁷. En este sentido, el Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP considera que la tutela de los intereses públicos aconseja mantener la regla según la cual, de no producirse un acuerdo en la negociación, corresponde a los órganos de gobierno de las AA.PP. determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, con las excepciones previstas. Pero ésta debe ser “la consecuencia final y excepcional de un proceso de negociación realmente perseguido, aunque fallido” y no “una excusa para convertir el proceso de negociación en un mero trámite formal”.

Constituyen condiciones esenciales para el ejercicio legítimo de esta prerrogativa las siguientes circunstancias:

- 1ª) Que la actitud cerrada de los sindicatos al compromiso no se justifique en alguna de las causas excluyentes del deber de negociar.
- 2ª) Que la imposibilidad de llegar a un acuerdo no sea imputable a una violación de la obligación de negociar de buena fe a cargo de los representantes de la Administración²⁸.
- 3ª) Que la negociación haya tenido la oportunidad de desarrollarse adecuadamente y por un tiempo prudencial y suficiente, atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza de lo que se pretende pactar, su trascendencia y complejidad, y al ámbito de la negociación.
- 4ª) Que se hayan agotado todas las posibilidades de negociación.
- 5ª) Que se produzca después de haber remitido sin éxito la solución del conflicto a la mediación de un tercero cuando la mayoría de la representación sindical haya instado el nombramiento de un mediador.

Estas condiciones han de elevarse a la categoría de “*sine qua non*”, en tanto que la mera desaparición de una de ellas volvería a otorgar al Gobierno la absoluta discrecionalidad en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios con el consiguiente menoscabo del derecho a la negociación de estos últimos. Si fuera este el caso, la parte sindical podría solicitar la retirada del proyecto unilateral o exigir ante la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de su nulidad, si hubiera sido ya aprobado por el Gobierno, y que se obligase a la Administración a negociar.

Otras circunstancias también influyen, a favor o en contra, de la decisión administrativa. Así, en primer lugar, el recurso a la huelga por parte de los funcionarios. En principio, hay que indicar que la sola existencia de una huelga no es razón suficiente para considerar fracasada la negociación de las condiciones de trabajo en la función pública. De una parte, porque de estimarse lo contrario, es estaría utilizando la decisión administrativa como un instrumento de limitación del derecho de huelga; la huelga es en sí misma una incidencia de la negociación, un instrumento de presión en el proceso de acuerdo y debe, lógicamente, tener un espacio en el que desarrollarse. No obstante, la intensidad y duración de la huelga sí pueden influir haciendo necesaria la decisión administrativa. Así, cabe pensar que ante

²⁷ DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...*, cit., pág. 245.

²⁸ DEL REY GUANTER, *Estado, Sindicatos y relaciones colectivas en la función pública*, I.N.A.P., Madrid, 1986, pág. 155; y STSJ de Cantabria de 20 de mayo de 2005 (Rec. núm. 113/2004).

conflictos colectivos demasiado prolongados en el tiempo o en los que las posiciones de las partes son claramente irreconciliables, con efectos negativos graves sobre la economía nacional o sobre el normal funcionamiento de los servicios públicos afectando a la prestación de servicios esenciales de la comunidad, que son los presupuestos previstos para la imposición del arbitraje obligatorio regulado por el art. 10 del RDLRT, se podría recurrir al art. 38.7 del EBEP. Ahora bien, la decisión administrativa puede producirse aún en el caso de que la huelga sea de escasa duración, que sus consecuencias no sean particularmente graves, que las posiciones de las partes no sean absolutamente irreconciliables y que el conflicto no afecte a la economía nacional o, de manera paralelamente grave, al normal funcionamiento de la Administración Pública. Pese, pues, a la posible escasa gravedad del conflicto y a la ausencia de afectación de relevancia de los intereses generales, la decisión administrativa puede producirse, siempre que se cumplan los requisitos antes señalados²⁹.

De otra parte, la urgencia y la necesidad objetiva de la regulación de la materia puede también influir haciendo necesaria la decisión administrativa antes que en otras negociaciones sobre materias que ni es urgente disciplinar, o que pueden permanecer sin regulación pese a la inexistencia de acuerdo, aplazándose para negociaciones posteriores. En este último caso, el fracaso de la negociación no tiene por qué llevar, necesariamente, a la decisión administrativa; ésta interviene sólo cuando la negociación ha fracasado, pero este fracaso puede no ser por sí solo razón suficiente para ello³⁰.

2.1.7. El principio de la buena fe en la fase de "aprobación expresa y formal" del Acuerdo por parte del Consejo de Ministros u órgano de gobierno correspondiente

Aunque el EBEP sigue sin precisar las razones en virtud de las cuales el órgano de gobierno puede desaprobado o no ratificar el Acuerdo, las salidas arbitradas para tales supuestos permiten entender que la no aprobación podrá obedecer tanto a un control de legalidad como de oportunidad. En este sentido, el EBEP dispone que *"cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo {...} se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes"* (art. 38.3) y que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la renegociación y *"una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo"* (art. 38.7)³¹. En este contexto y teniendo en cuenta que la naturaleza del acto de aprobación es reglamentaria, cabe entender que el órgano de gobierno podrá llevar a cabo un control de legalidad y de oportunidad sobre el Acuerdo a la hora de decidir si lo aprueba o no³².

²⁹ Ver GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución...", cit., págs. 458-459.

³⁰ Así, DEL REY GUANTER, *Comentarios a la Ley de Órganos de Representación...*, cit., pág. 244; y GONZÁLEZ ORTEGA, "Los medios de solución...", cit., pág. 459.

³¹ Téngase en cuenta lo dispuesto en el art. 45.2 del EBEP.

³² SSTS (CA) de 7 de octubre de 2014 (Rec. núm. 1650/2013) y 30 de marzo de 2015 (Rec. núm. 1718/2014).

El EBEP ordena que *"cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes"* (art. 38.3)³³ y que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la renegociación y *"una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo"* (art. 38.7). De este modo, en todos los supuestos en que el órgano de gobierno se niegue a aprobar el Acuerdo o a integrar su contenido en el proyecto de ley correspondiente, debe devolverlo a la mesa negociadora para que ésta intente alcanzar un nuevo Acuerdo siempre que lo solicite la mayoría de la representación sindical.

Para que la solicitud de renegociación vincule a la Administración pública será preciso el voto favorable de la mayoría de la representación sindical; representación que deberá estar constituida con arreglo a los arts. 33.1 y 35.1 del EBEP. Si tal petición viene refrendada por uno o varios sindicatos con legitimación negocial que no llegan a la mayoría absoluta exigida por el art. 35.1 del EBEP, la Administración no está obligada a renegociar, pudiendo su respectivo órgano de gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (art. 38.7 EBEP). Por lo demás, de proceder la renegociación, ésta debe iniciarse en el plazo de un mes a contar desde la fecha en que el órgano de gobierno decide no aprobar el Acuerdo o, en su caso, desde la *"negativa expresa"* a incorporar lo acordado en el proyecto de ley correspondiente (art. 38.7 EBEP). De no producirse el acuerdo en la renegociación y, una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, *"corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo"* (art. 38.7 EBEP). Por consiguiente, si se renegocian materias en que no exista reserva de ley, habrá de intentarse la mediación, si lo solicita la representación sindical, y, sólo cuando ésta fracase, podrá el órgano de gobierno correspondiente dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo (art. 45.3 EBEP). En contraste, si lo que se renegocia es el contenido de un proyecto de ley, como en este caso no son posibles los sistemas de solución extrajudicial (art. 45.2 EBEP), una vez se constate el desacuerdo entre las partes, el órgano de gobierno podrá elaborar unilateralmente el proyecto de ley. En fin, aunque el legislador parte de los efectos vinculantes del Acuerdo para las partes, deja en último término en manos de los órganos de gobierno el cumplimiento de lo acordado, ya que según parece deducirse de la regulación, éstos poseen discrecionalidad absoluta para aprobar o no el Acuerdo, y la desaprobación del mismo sólo produce la obligación de volver a negociar y, en última instancia, a falta de acuerdo o solución extrajudicial del conflicto, se procederá a la regulación unilateral de la materia por parte de la Administración Pública.

³³ El Informe de la Comisión para el estudio y preparación del EBEP recomendaba que esta regla no fuera de aplicación a aquellos Acuerdos que implicasen la negociación de un proyecto de Ley, ya que ello podría suponer un retraso no deseable en el proceso legislativo.

2.2. La acreditación de la buena fe negocial

De cada sesión que celebre la mesa de negociación se debe levantar acta por el secretario, especificando los asistentes, el orden del día de la reunión, las circunstancias del lugar y tiempo en que se ha celebrado, los puntos principales de las deliberaciones, así como el contenido de los acuerdos adoptados.

Las actas de las reuniones de la mesa de negociación adquieren una gran relevancia en orden a la acreditación de la existencia de la buena fe negocial. En efecto, los tribunales ponderan especialmente las manifestaciones vertidas en dichas actas, a la hora de decretar el cumplimiento o incumplimiento del deber de negociar de buena fe³⁴. Por ello, a la Administración le conviene que en las actas se reflejen la información facilitada a la representación sindical, las razones esgrimidas para no tratar las cuestiones planteadas por dicha representación, cuando se encuentran incluidas en el catálogo de materias que deben ser objeto de negociación, o no aceptar las contraofertas sindicales, etc. Y, si la Administración no facilita la información necesaria para permitir el debate entre las distintas propuestas y posiciones o no lo hace con la antelación suficiente, las organizaciones sindicales deben ponerlo de manifiesto y formular la correspondiente protesta en el acta.

2.3. El incumplimiento del deber de negociar de buena fe

El deber de negociar de buena fe puede ser desconocido por quienes están especial y directamente obligados a su cumplimiento.

³⁴ STS de 18 de octubre de 2004 (Rec. núm. 86/2002); SSTS (CA) de 23 de mayo de 2011 (Rec. núm. 6334/2009) y 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013); y SSTSJ de Baleares de 10 de junio de 2003 (Rec. núm. 902/1999), del País Vasco de 27 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 369/2001), 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 480/2002) y 30 de septiembre de 2004 (Rec. núm. 566/2002), de Castilla y León de 11 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 2267/2004), de Andalucía de 28 de abril de 2006 (Rec. núm. 1684/2002), de Cantabria de 20 de octubre de 2006 (Rec. núm. 1040/2004), de Madrid (CA) de 5 de mayo de 2011 (Rec. núm. 389/2010) y 17 de mayo de 2011 (Rec. núm. 390/2010), de Murcia (CA) de 12 de marzo de 2014 (Rec. núm. 147/2010), de la Comunidad Valenciana (CA) de 11 de septiembre de 2013 (Rec. núm. 542/2011), 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012), de Galicia (CA) de 21 de octubre de 2015 (Rec. núm. 135/2014), de Castilla-La Mancha (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 469/2012) y 30 de junio de 2015 (Rec. núm. 492/2012), y de Galicia (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 106/2013).

Por lo demás, según la STS (CA) de 30 de enero de 2012 (Rec. núm. 69/2010), no puede compartirse la falta de autenticidad que pretende reprocharse a las actas sobre la base de que no aparecen firmadas por quienes intervinieron en las reuniones que formalizan. En este sentido, afirma que *“lo aportado son las copias de las actas que formalizan unas actuaciones realizadas en una Administración pública, obrantes en sus archivos, y para su autenticidad, con el valor de documento público, basta, como aquí acontece, que hayan sido expedidas y certificadas por el correspondiente órgano administrativo (artículo 317.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil); y no se ha cuestionado la habilitación de la autoridad o funcionario que las ha expedido o certificado”*. En el mismo sentido, la SAN (CA) de 6 de junio de 2012 (Rec. núm. 446/2010). No obstante, la circunstancia de que las actas carezcan de firma alguna es valorada negativamente por los tribunales en orden a la acreditación del cumplimiento por la Administración del deber de negociar. En este sentido, se expresan, por ejemplo, las SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013); y las SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012).

Como este deber es exigible en todas las fases del proceso negociador, se infringe la buena fe negocial, entre otros, en los siguientes supuestos:

1º) Cuando la negociación se produce en una ponencia o comisión preparatoria, de la que se excluye a algún sindicato con legitimación negocial, aunque éste pueda intervenir luego en el seno de la mesa negociadora en la aprobación de los compromisos asumidos por aquélla³⁵.

2º) Cuando la Administración no convoque a los miembros de la mesa negociadora con la suficiente antelación para garantizar una negociación exenta de precipitación y apremio.

3º) Cuando las partes y sobre todo los representantes de la Administración Pública, no faciliten con la antelación suficiente la información que permita ejercer, real y efectivamente, el derecho a la negociación colectiva³⁶ o la suministrada sea errónea o induzca a confusión.

4º) Cuando la Administración no esgrime en el acta las razones por las que se niega a tratar las cuestiones planteadas por la mayoría de la representación sindical, estando todas ellas incluidas en el catálogo de materias que deben ser objeto de negociación obligatoria en virtud del art. 37 del EBEP³⁷, o a aceptar las contraofertas de la representación sindical.

5º) Cuando la Administración Pública plantea una única o última oferta sin haber intentado previamente acercar las posturas. Así se constata, por ejemplo, cuando los dictámenes e informes que la Administración debe recabar para asegurar la necesidad, oportunidad, acierto y legalidad de las disposiciones reglamentarias son emitidos el mismo día en el que se celebra sin acuerdo la reunión de la mesa de negociación³⁸, o la Administración procede a publicar las normas reglamentarias inmediatamente después de finalizada la sesión de la mesa negociadora sin acuerdo, con unos textos previamente remitidos para su publicación y firmados por el titular del órgano competente, lo que, en definitiva, evidencia que los acuerdos fueron adoptados con anterioridad a la iniciación del proceso negociador³⁹.

6º) Cuando se incumplan alguno de los trámites preceptivos cuya realización corresponda a la Administración y ello determine la regulación unilateral de la materia.

7º) Cuando se utilice la violencia, el dolo, coacción o intimidación.

8º) Cuando la conducta de las partes sea confusa, equívoca o maliciosa, como, por ejemplo,

³⁵ STC 80/2000, de 27 de marzo; STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993); STS de 9 de febrero de 1998 (Rec. núm. 1682/1995); STS (Sala de lo Social) de 19 de septiembre de 2000 (Rec. núm. 2606/1995); y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2002 (Rec. núm. 2070/1998) y 7 de mayo de 2003 (Rec. núm. 365/2002). Cfr. STS (Sala de lo Social) de 17 de junio de 1996 (Rec. núm. 2606/1995).

³⁶ SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013); y SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 11 de septiembre de 2013 (Rec. núm. 542/2011), 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012).

³⁷ STSJ de Galicia (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 106/2013).

³⁸ SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 14 de marzo de 2014 (Rec. núm. 39/2012) y 16 de mayo de 2014 (Rec. núm. 149/2012).

³⁹ SSTSJ de Castilla-La Mancha (CA) de 17 de junio de 2015 (Rec. núm. 469/2012) y 30 de junio de 2015 (Rec. núm. 492/2012).

cuando las instrucciones que el Gobierno da a los representantes sean ambiguas y éste desaproveche el Acuerdo alegando la desviación de sus representantes.

9º) Cuando la Administración adopte una actitud intransigente sin justificación objetiva, a sabiendas de que, si los sindicatos no aceptan su propuesta, será ella misma quien, finalmente, regule la materia.

10º) Cuando la Administración Pública varía en parte sus criterios iniciales en orden al ámbito y términos de lo negociable, al cerrar un acuerdo con alguno de los sindicatos con legitimación negocial, sin exponer la nueva situación al resto de sindicatos presentes en la mesa negociadora⁴⁰.

La infracción del deber de negociar de buena fe por la representación sindical, permitirá a la Administración suspender las deliberaciones y entender que concurre la circunstancia descrita en el art. 38.7 del EBEP, esto es, la falta de acuerdo entre las partes. En este caso es la propia Administración quien verifica si la actuación de los sindicatos comporta un atentado o no a la buena fe y, en consecuencia, decide proseguir las negociaciones o interrumpirlas.

Si es la Administración la que desatiende las exigencias de la buena fe negocial, los sindicatos sólo podrán hacer frente a esta conducta a través de los procedimientos de revisión en cada caso admisibles. Dada la diversidad de formas de manifestarse tal infracción, resulta imposible resumir en una fórmula simplista sus consecuencias jurídicas. En principio, hay que señalar que cuando la infracción del principio de la buena fe negocial se produzca en el procedimiento de elaboración de los Pactos y Acuerdos, los sindicatos no podrán impugnar el acto de trámite en cuestión por separado salvo que pueda ser considerado como uno de los denominados actos de trámite cualificados [arts. 112.1 LPAC y 25.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa]⁴¹. Así, por ejemplo, una hipótesis de este tipo sería aplicable a aquellos actos que deniegan a los sindicatos la información necesaria para la negociación, puesto que en este caso se produce su indefensión al ser privados de los elementos necesarios para realizar una defensa eficaz y completa de sus intereses. Pero, como regla general, los sindicatos habrán de esperar al Pacto o Acuerdo o, en su caso, al reglamento subsidiario para, a través de su impugnación, poder plantear las eventuales infracciones del principio de la buena fe negocial que se hayan producido durante el procedimiento. En cuanto a los efectos de la infracción del deber de negociar de buena fe, hay que decir que, si el ordenamiento jurídico prohíbe toda actuación contraria a la buena fe negocial, todo instrumento negocial o reglamentario elaborado en contravención del señalado principio será contrario a Derecho, ilícito y, por tanto, nulo⁴². E, independientemente de estas actuaciones, es evidente que los sindicatos podrán recurrir a la huelga y otras medidas de conflicto colectivo, que, en realidad, serán las vías más eficaces para resolver las diferencias entre los sindicatos y la Administración en cuanto al proceder

⁴⁰ STS de 6 de junio de 1995 (Rec. núm. 217/1993).

⁴¹ Cfr. DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional...*, cit., pág. 213.

⁴² SSTS (CA) de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 1252/2013) y 27 de octubre de 2014 (Rec. núm. 3452/2013).

de esta última durante la negociación.

3. El principio de la buena fe durante la vigencia de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos. La modificación de los acuerdos alcanzados por las Administraciones Públicas

La desvinculación unilateral de lo pactado es contraria a los principios de la buena fe exigible en toda negociación. Sin embargo, los arts. 32.2 y 38.10 de EBEP y la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, arbitran a favor de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas un mecanismo de suspensión y modificación de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos que afectan al personal funcionario o laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas.

En este sentido, los arts. 32 y 38.10 de EBEP establecen que se garantiza el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos, 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, Acuerdos y Convenios Colectivos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público, y que en este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación. Por su parte, la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012 dispone que *“a los efectos de lo previsto en el artículo 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público 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 medidas o planes de ajuste, de equilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”*.

Por lo demás, no puede pasarse por alto que los Pactos, Acuerdos y convenios colectivos están subordinados a las normas con rango de ley, por lo que éstas pueden acordar su suspensión o modificación sin que resulte de aplicación lo dispuesto en los arts. 32 y 38.10 del EBEP⁴³. Así, por ejemplo, tras establecerse que, a partir del 1 de enero de 2012, 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 (art. 4 Real Decreto-ley 20/2011 y DA 71ª Ley 2/2012), los apartados segundo y tercero de la DA 71ª de la Ley 2/2012 suspenden la eficacia de las previsiones en materia de jornada y horario contenidas en los Acuerdos, Pactos y Convenios Colectivos *“que contradigan lo previsto en este artículo”*⁴⁴. Ahora bien, tales previsiones legales, no admiten, dado lo que conllevan de suspensión de normas, una interpretación amplia, sino estricta y reducida a aquellos supuestos en los que los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos establecen una jornada

⁴³ SSTs de 26 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 9/2013) y 15 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 67/2015); y STSJ de Madrid de 30 de junio de 2014 (Rec. núm. 397/2014).

⁴⁴ Cfr. STS de 14 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 368/2014)

laboral inferior a 37,5 horas de trabajo efectivo en cómputo anual, habilitando a la Administración a dejar sin efecto dichos acuerdos, ampliando la duración de la jornada de trabajo, pero no habilitan a una distribución horaria de dicha jornada a conveniencia de la Corporación Local⁴⁵.

3.1. Ámbito de aplicación

3.1.1. Ámbito subjetivo

El mecanismo de suspensión o modificación de los Pactos/Acuerdos y Convenios Colectivos previsto en los arts. 38.10 y 32 del EBEP se extiende al personal funcionario (funcionarios de carrera, funcionarios interinos y personal estatutario⁴⁶) y laboral comprendido en el ámbito de aplicación del EBEP, esto es, al personal al servicio de las siguientes Administraciones Públicas (art. 2.1 EBEP): la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, las Administraciones de las Entidades Locales, los Organismos Públicos, Agencias y demás Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas (organismos autónomos, agencias estatales y entidades públicas empresariales y entes públicos de naturaleza o régimen especial, como las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social) y las Universidades públicas. Asimismo, también queda comprendido dentro de su ámbito de aplicación el personal al servicio de las entidades de naturaleza administrativa creadas por diferentes Administraciones Públicas para cooperar entre sí, esto es, las mancomunidades de municipios y los consorcios, siempre y cuando adopten una forma pública de personificación⁴⁷. Y, en fin, también resulta aplicable al personal laboral al servicio de los organismos reguladores de la DA 10ª.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), en la forma prevista en sus leyes de creación (DA 5ª EBEP).

Por el contrario, el personal laboral al servicio de las entidades privadas de las Administraciones Públicas, esto es, las sociedades mercantiles y fundaciones del sector público, queda sujeto al régimen general de inaplicación de los convenios colectivos que se contiene en el art. 82.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y en el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos⁴⁸.

3.1.2. Ámbito objetivo

Los arts. 38.10 y 32 del EBEP se refieren, respectivamente, a los “Pactos y Acuerdos” y a “los

⁴⁵ STSJ de Extremadura de 10 de mayo de 2013 (Rec. núm. 125/2013).

⁴⁶ El art. 38.10 del EBEP resulta plenamente aplicable al personal estatutario [STS (CA) de 25 de enero de 2012 (Rec. núm. 492/2011)].

⁴⁷ Cfr. STSJ de Andalucía de 5 de junio de 2013 (Rec. núm. 764/2013).

⁴⁸ Cfr. STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2013 (Rec. núm. 5931/2012).

convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral”.

Por consiguiente, el mecanismo de suspensión o modificación de los acuerdos puede extenderse a los siguientes instrumentos convencionales:

- a) Los Pactos y Acuerdos negociados en el seno de las mesas de negociación comunes al personal funcionario, estatutario y laboral.
- b) Los Pactos y Acuerdos negociados en el seno de las mesas de negociación -comunes y sectoriales- del personal funcionario y estatutario.
- c) Los convenios colectivos negociados en el seno de las comisiones negociadoras del personal laboral.

De este modo, se posibilita la suspensión o modificación de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, con independencia de que los mismos hayan sido negociados en el ámbito de las mesas comunes de negociación o de las comisiones negociadoras, tal y como aclara la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012.

El art. 32 del EBEP se refiere a los *“Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados”*, se sobreentiende que por las Administraciones Públicas. Que ello es así lo viene a corroborar la interpretación sistemática del nuevo art. 32 del EBEP a la luz de los arts. 8.3 y 16 del Real Decreto-ley 20/2012, que suspenden y dejan sin efecto los convenios colectivos *“suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas”* que contravengan las nuevas disposiciones legales. Por consiguiente, si la Administración Pública no ha negociado un convenio colectivo propio o *“de empresa”* y se rige por el convenio colectivo sectorial en la actividad de que se trate -lo que acontece con relativa frecuencia en un gran número de Ayuntamientos⁴⁹-, y pretende descolgarse de dicho convenio colectivo, debe ajustarse al procedimiento de inaplicación de los convenios colectivos estatutarios previsto en el art. 82.3 del ET⁵⁰. Y así, lo viene a confirmar la DA 3ª del Real Decreto 1362/2012, al establecer una serie de particularidades en cuanto a las funciones de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en la solución de las discrepancias producidas en dicho procedimiento de inaplicación en relación con los convenios colectivos aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

No obstante lo anterior, la DA 1ª del Real Decreto-ley 20/2012 prevé un supuesto especial de descuelgue de los convenios colectivos sectoriales por parte los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el art. 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre. En este sentido, establece que en el supuesto de que en virtud de una sentencia judicial los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por aquéllos *“se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que*

⁴⁹ Cfr. la STS de 7 de octubre de 2004 (Recud. núm. 2182/2003).

⁵⁰ Cfr. la STSJ de Cataluña de 19 diciembre de 2013 (Rec. núm. 4201/2013).

corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias”.

Por lo demás, el EBEP se refiere a los *“Pactos y Acuerdos”* y a los *“convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral”*, sin prejuzgar si son anuales o plurianuales⁵¹. Es más, es indiferente que los mismos estén en vigor en sentido estricto o en fase de ultraactividad.

3.2. Órganos competentes

Los *“órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”* (y no cualquier otro órgano) son los competentes para suspender o modificar los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos ya firmados (arts. 32 y 38.10 EBEP). Por consiguiente, la competencia suspensiva o modificativa debe ser ejercitada en la Administración General del Estado por el Consejo de Ministros, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas por los Consejos de Gobierno, en las Administraciones de las Entidades Locales por el Pleno de las Corporaciones Locales⁵², en las Universidades por el Consejo de Gobierno⁵³, etc. Sí se procede a la suspensión o modificación de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos sin la aprobación del correspondiente órgano de gobierno, se producirá una vulneración del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1.e) LPAC], que devendrá en una actuación infractora del derecho a la negociación colectiva y de forma mediata del derecho a la libertad sindical, convirtiendo tanto el acto suspensivo o modificativo como las sucesivas actuaciones tendentes a su aplicación en nulos de pleno derecho.

3.3. Causas justificativas

Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán suspender o modificar el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos ya firmados *“excepcionalmente”* y únicamente *“por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”*. De este modo, se permite la aplicación de la llamada cláusula *“rebus sic stantibus”* a las obligaciones pactadas en los Acuerdos, Pactos o Convenios Colectivos suscritos por las Administraciones Públicas, siempre que se produzca una excepcional alteración de la base económica del negocio. El legislador no alude a los cambios en el ámbito de los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal y en la demanda de los servicios o productos que las Administraciones Públicas ofrecen a los ciudadanos. Por lo tanto, los mismos no podrán justificar la suspensión o modificación de los Acuerdos, Pactos o Convenios Colectivos, si no van acompañados de una alteración de la base económica de los

⁵¹ STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de febrero de 2011 (Rec. núm. 4/2010).

⁵² SSTSJ de Aragón de 21 de julio de 2014 (Rec. núm. 407/2014) y 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 639/2014).

⁵³ SSTSJ de Madrid de 11 de marzo de 2015 (Rec. núm. 654/2014) y de Cantabria de 15 de mayo de 2015 (Rec. núm. 94/2015).

acuerdos. Además, el carácter extraordinario que tiene el referido mecanismo corrector del principio general «pacta sunt servanda», impone la necesidad de que la circunstancia sobrevenida sea imprevisible en la fecha de la firma del Acuerdo, Pacto o Convenio Colectivo y de que a la par determine una extrema onerosidad para una de las partes⁵⁴.

No obstante lo anterior, según la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012, “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 medidas o planes de ajuste, de equilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. Previsión normativa que debe ponerse en relación con el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (LOEP). Y así, como pone de manifiesto la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 20/2012, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas quedan autorizados para suspender o modificar el cumplimiento de los instrumentos negociales acordados con la representación de los empleados públicos a fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y el pago de la deuda pública⁵⁵. Por lo demás, y en virtud de lo dispuesto en el art. 18.1 de la LOEP, aquellos harán un seguimiento de los datos de ejecución presupuestaria y ajustarán el gasto público para garantizar que al cierre del ejercicio no se incumple el objetivo de estabilidad presupuestaria. De esta forma, cuando las Administraciones Públicas constaten un riesgo de incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria o deuda pública, podrán suspender o modificar el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios

⁵⁴ De ahí que la STSJ de Andalucía de 18 de octubre de 2012 (Rec. núm. 1868/2012) rechace la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus” sobre la base de que los presupuestos y los gastos de personal del Ayuntamiento en los años cuestionados (2011 y 2012) son de montante similar a los de los ejercicios anteriores.

⁵⁵ Y así, si la Entidad Local tiene aprobado un Plan de Ajuste Económico en el marco del Real Decreto-ley 4/2012, de 24 de febrero, por el que se determinan obligaciones de información y procedimientos necesarios para establecer un mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las entidades locales, concurren los requisitos necesarios para lo que podría denominarse “descuelgue” del Acuerdo, Pacto o Convenio Colectivo [SSTSJ de Andalucía de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1607/2013), de Galicia (CA) de 7 de mayo de 2014 (Rec. núm. 112/2013), de Aragón de 21 de julio de 2014 (Rec. núm. 407/2014) y 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 639/2014) y de Asturias de 19 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 2640/2014)].

En cambio, la falta de cobertura presupuestaria sin más no es motivo suficiente para que las Administraciones Públicas suspendan o inapliquen los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos [STS (CA) 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2609/2013); y SSTSJ de Madrid de 20 de junio de 2014 (Rec. núm. 268/2014), del País Vasco de 22 de julio de 2014 (Rec. núm. 18/2014) y de Cantabria de 15 de mayo de 2015 (Rec. núm. 94/2015)]. Cfr. la STSJ de Castilla y León de 5 de febrero de 2016 (Rec. núm. 23/2016)]. En efecto, como subraya la STS (CA) de 8 de octubre de 2014 (Rec. núm. 2609/2013), *“una cosa es que, dado un determinado presupuesto, los posibles convenios colectivos celebrados bajo su vigencia deban estar condicionados por la exigencia legal de cobertura presupuestaria, según se dispone en el art. 33.1 Ley 7/2007; y otra cosa diferente que en el ejercicio futuro de la potestad presupuestaria del Ayuntamiento ésta debe atenerse a todos los Acuerdos que, dentro de su propia competencia hayan concertado en el marco de lo dispuesto en el art. 38 Ley 7/2007”*. La obligatoriedad *“de lo negociado (art. 33.1 y 33.10 Ley 7/2007) en este caso (y salvada la posibilidad regulada en el art. 38.10 Ley 7/2007), no cabe duda que condiciona el ejercicio ulterior de la potestad presupuestaria, que ha de ordenarse al cumplimiento de lo acordado”*.

Colectivos ya firmados, y lo podrán hacer de manera inmediata, esto es, sin tener que esperar a encadenar seis trimestres consecutivos de disminución de los ingresos ordinarios o ventas, tal y como se prevé en el art. 82.3 del ET.

3.4. Procedimiento

El órgano de gobierno que pretenda la suspensión o modificación ante tempus del Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo ex arts. 32 o 38.10 del EBEP, no está obligado a recurrir previamente a la mesa o comisión negociadora para intentar su revisión⁵⁶. Sólo se impone la obligación de informar a las organizaciones sindicales de las causas de la suspensión o modificación⁵⁷.

La información deberá proporcionarse a las organizaciones sindicales con legitimación “ex lege” para negociar y firmar los Pactos/Acuerdos o Convenios Colectivos, con independencia de que los hayan firmado o no. La no suscripción de un Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen de la información relativa al mecanismo de suspensión o modificación del acuerdo. Dicho mecanismo permite a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas modificar las condiciones de trabajo pactadas, estableciendo nuevas reglas para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo, por lo que deben aplicarse las normas generales de legitimación negocial y, en consecuencia, todos los sindicatos que tengan la necesaria representatividad tienen derecho a ser informados de las causas de la suspensión o modificación y su exclusión será contraria al principio de libertad sindical.

Por lo demás, la información, ante el silencio legal, podrá tener lugar tanto antes como después de la suspensión o modificación del Pacto/Acuerdo o Convenio Colectivo. Pero, como subraya la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de septiembre de 2011 (Rec. núm. 25/2011), la alteración sustancial e imprevisible de la base económica del acuerdo y la necesidad de la suspensión o modificación del mismo para “*salvaguardar el interés público*” deberán ser “debidamente alegados y justificados, aportando, incluso, los informes y datos que sirvan de acreditación” de que se han producido dichos extremos⁵⁸. Si el Pacto, Acuerdo o Convenio Colectivo se revoca, unilateralmente, sin información a las organizaciones sindicales, ni motivación de clase alguna, la resolución administrativa vulnerará el derecho a la libertad sindical, procediendo, en consecuencia, a la declaración de

⁵⁶ STSJ de Cantabria de 17 de diciembre de 2015 (Rec. núm. 332/2014). Y, si la norma legal que se ampara en los arts. 32 y 38.10 del EBEP exige la negociación de su aplicación, “dicha negociación no supone la ineludible exigencia de llegar a un acuerdo sino la de actuar de buena fe tratando de conseguirlo” [STS de 26 de noviembre de 2013 (Rec. núm. 9/2013)].

Por lo demás, si no se opera la suspensión o modificación de los Pactos/Acuerdos y/o Convenios Colectivos, sino la denuncia de los mismos, en tal caso sí procede la apertura del proceso de negociación para su renovación [SSTSJ de la Comunidad Valenciana (CA) de 10 de diciembre de 2012 (Rec. núm. 928/2010) y 11 de marzo de 2013 (Rec. núm. 1092/2010) y de Galicia (CA) de 10 de julio de 2013 (Rec. núm. 729/2011)].

⁵⁷ STSJ de Andalucía de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1607/2013).

⁵⁸ En el mismo sentido, la STS (CA) de 25 de enero de 2012 (Rec. núm. 492/2011) y las SSTS de 14 de noviembre de 2012 (Rec. núm. 241/2011) y 21 de mayo de 2013 (Rec. núm. 55/2012).

su nulidad de pleno derecho⁵⁹.

3.5. Facultades

Los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán suspender –esto es, dejar de aplicar- o modificar los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos. En efecto, aunque los términos empleados por el EBEP (modificar el cumplimiento de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos) no sean muy precisos, la expresión modificación se refiere a una alteración de las condiciones de trabajo previstas en los referidos instrumentos negociales⁶⁰. Así, lo vienen a refrendar la Exposición de Motivos (*“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”*) y el encabezamiento de la DA 2ª del Real Decreto-ley 20/2012 (*“Suspensiones o modificaciones de convenios colectivos, pactos y acuerdos que afecten al personal funcionario o laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas”*).

De otra parte, la suspensión o modificación de las condiciones establecidas en los Pactos/Acuerdos o Convenios Colectivos, en principio, podrá referirse a cualesquiera materias que, directa o indirectamente, tengan repercusión económica, si bien se hace difícil admitir modificaciones sobre ciertas condiciones de trabajo, diferentes a las relativas al tiempo de trabajo, las retribuciones y las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad⁶¹. Por lo demás, la suspensión o modificación de las condiciones establecidas en los Pactos/Acuerdos o Convenios Colectivos no admiten, dado lo que conllevan de suspensión de normas, una interpretación amplia, sino estricta y reducida a aquellas materias expresamente contempladas por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas⁶².

En cualquier caso, para que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas puedan suspender o modificar los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos, tal medida no

⁵⁹ STS (CA) de 25 de enero de 2012 (Rec. núm. 492/2011); y SSTSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2014 (Rec. núm. 483/2014), de Castilla y León de 10 de febrero de 2015 (Rec. núm. 159/2014), de las Islas Canarias de 23 de febrero de 2015 (Rec. núm. 533/2014), 24 de febrero de 2015 (Rec. núm. 341/2014) y 18 de marzo de 2015 (Rec. núm. 653/2014), de Castilla-La Mancha de 20 de marzo de 2015 (Rec. núm. 27/2015) y de las Islas Canarias de 26 de junio de 2015 (Rec. núm. 957/2014).

⁶⁰ En cambio, las SSTSJ de Extremadura de 10 de mayo de 2013 (Rec. núm. 125/2013) y de Castilla y León de 15 de mayo de 2013 (Rec. núm. 693/2013) consideran que las únicas opciones que contempla el nuevo art. 32 del EBEP son la suspensión de los convenios colectivos y la modificación de su ejecución, de forma que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas no quedan habilitados para alterar las condiciones de trabajo previstas en los mismos.

⁶¹ STSJ de Andalucía de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 1607/2013).

⁶² Así, por ejemplo, si Consejo de Gobierno de una Universidad acuerda la supresión de la convocatoria de acción social para 2012, y la norma convencional regula los beneficios sociales en el título XIII, mientras que la revisión ginecológica está incluida dentro de la salud laboral, en el título XIV, procede declarar el derecho de las trabajadoras afectadas por el conflicto colectivo a la realización de la revisión ginecológica [STSJ de Madrid de 11 de marzo de 2015 (Rec. núm. 654/2014)].

sólo ha de estar justificada, sino que, además, debe ser necesaria, adecuada y proporcionada⁶³. Así lo exigen los arts. 32 y 38.10 del EBEP, al señalar que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas podrán suspender o modificar el cumplimiento de los convenios colectivos, pactos y acuerdos ya firmados *“en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público”*.

Por consiguiente, hay que constatar la concurrencia de los siguientes requisitos o condiciones, a saber:

a) Si la suspensión o modificación unilateral de los acuerdos es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, esto es, asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público.


b) Si, además, es necesaria en el sentido que no exista otra medida más moderada para la consecución del propósito antes indicado con igual eficacia. Indudablemente existen otros procedimientos que permiten, en cierto modo, conseguir el equilibrio presupuestario o financiero, como el incremento de los impuestos. Sin embargo, como quiera que éste puede generar nuevos problemas de cara a la recuperación económica del país, no parece que excluya la suspensión o modificación de los acuerdos. Sin embargo, en el apartado de los gastos de las Administraciones Públicas, existen otras partidas de las que se podría prescindir (asesores, gastos de representación, protocolo, viajes, coches oficiales, escoltas, prensa, publicidad, etc.)⁶⁴. Además, hay otras medidas para racionalizar el gasto público. En fin, estas cuestiones pueden ser objeto de valoración en sede judicial, si bien para que proceda este examen valorativo resultará preciso que los demandantes aleguen adecuadamente las bases y elementos clave de su argumentación, dando las pertinentes razones, y acreditando, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes para que se pueda asentar el pronunciamiento judicial pretendido.

c) Y, finalmente, si la medida es ponderada o equilibrada en sentido estricto, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre los derechos en conflicto. De este modo, la suspensión o modificación de los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos suscritos por las Administraciones Públicas debe limitarse a lo estrictamente necesario y por el tiempo imprescindible para la consecución de los objetivos de estabilidad presupuestaria o financiera y sin menoscabar derechos ya causados o devengados por los empleados públicos⁶⁵.

⁶³ Cfr. la SAN de 10 de mayo de 2010 (Proc. núm. 41/2010); y las SSTSJ de Cataluña de 20 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 8781/2008) y 28 de marzo de 2011 (Rec. núm. 48/2010), de la Comunidad Valenciana de 8 de abril de 2011 (Proc. núm. 3/2011) y de la Comunidad de Madrid de 30 de mayo de 2011 (Rec. núm. 223/2011) y 21 de julio de 2011 (Rec. núm. 804/2011).

⁶⁴ Cfr. las consideraciones que se vierten en la STSJ de Galicia de 2 de mayo de 2013 (Rec. núm. 10/2013).

⁶⁵ Cfr. STS (CA) de 24 de junio de 2013 (Rec. núm. 434/20129); y SSTSJ de la Región de Murcia (CA) de 7 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 157/2012), de las Islas Canarias (CA) de 26 de junio de 2013 (Rec. núm. 201/2012), de Aragón de 21 de julio de 2014 (Rec. núm. 407/2014), de Madrid de 23 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 301/2014), de Castilla y León de 24 de septiembre de 2014 (Rec. núm. 1263/2014), de Aragón de 19 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 639/2014), de Asturias de 19 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 2640/2014), y



En fin, la prueba de estas exigencias incumbe a las Administraciones Públicas⁶⁶.

de las Islas Canarias de 24 de febrero de 2015 (Rec. núm. 341/2014), 18 de marzo de 2015 (Rec. núm. 653/2014) y 26 de junio de 2015 (Rec. núm. 957/2014).

⁶⁶ STSJ de las Islas Canarias de 27 de febrero de 2015 (Rec. núm. 719/2014).