

# CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN

---

2011  
Julio  
21

## Libertad sindical y negociación colectiva en el empleo público

CARLOS L. ALFONSO

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia

*Ponencia presentada en las Jornadas sobre “Libertad Sindical como derecho fundamental”, celebradas en Albacete los días 2 y 3 de junio de 2011*



**Fundación 1º de Mayo** | Centro Sindical de Estudios  
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838  
[www.1mayo.ccoo.es](http://www.1mayo.ccoo.es) | [1mayo@1mayo.ccoo.es](mailto:1mayo@1mayo.ccoo.es)

Informes de la Fundación. ISSN 1989-5372

# Libertad sindical y negociación colectiva en el empleo público

CARLOS L. ALFONSO

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Valencia

## SUMARIO

1. Introducción
2. Los derechos colectivos de los empleados públicos
  - 2.1. Fuentes reguladoras
  - 2.2. Los derechos reconocidos
3. Los problemas concretos de mayor interés
  - 3.1. En relación con la libertad sindical
    - 3.1.1. La garantía de indemnidad
    - 3.1.2. El ámbito de constitución de la sección sindical
    - 3.1.3. El crédito horario y la figura de los liberados sindicales
  - 3.2. En relación con la negociación colectiva
    - 3.2.1. Los principios generales a que se sujeta la negociación colectiva.
    - 3.2.2. La obligatoriedad de la negociación colectiva.
    - 3.2.3. La negociación conjunta para todos los empleados públicos
    - 3.2.4. La eficacia de lo negociado y la posibilidad de suspender su aplicación.
    - 3.2.5. Solución extrajudicial de conflictos.
  - 3.3. En materia de derecho de huelga
    - 3.3.1. La garantía de los servicios esenciales para la comunidad.
    - 3.3.2. La tutela del derecho de huelga.

## 1. INTRODUCCIÓN

Cuando se pasa revista a los derechos sindicales de los empleados públicos, hay que partir de que la situación no es la mejor posible y es que, ya en el inicio, se percibe que, también en esta materia, la existencia de colectivos sujetos a diferente régimen jurídico produce una diversidad de situaciones en cuanto al disfrute de derechos colectivos que, cuando menos, es objetable.

En efecto, por un lado existen algunos colectivos de empleados públicos que ya conforme a la vigente LOLS tienen una situación peculiar, en cuanto que quedan excluidos del derecho de sindicación y de cuanto él implica, o, cuando menos, ven seriamente limitados sus derechos colectivos. Al respecto podrían citarse los miembros de las Fuerzas Armadas y de los Institutos Armados de carácter militar (exceptuados del disfrute del derecho de sindicación – art. 28.1 CE y 1.3 LOLS -), los Jueces, Magistrados y Fiscales en activo, que tampoco pueden pertenecer a sindicatos aunque sí a asociaciones profesionales (art. 127.1 CE y 1.4 LOLS), y los miembros de cuerpos y fuerzas de seguridad cuyo derecho de sindicación se rige por sus específicas normas (art. 1.5 LOLS).

También presenta algunas peculiaridades el personal civil no funcionario que presta servicios en los establecimientos militares, peculiaridades especialmente en materia de negociación y ejercicio de la acción sindical en el interior de dichos establecimientos<sup>1</sup>, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 3ª de la LOLS y en el RD 2205/1980, de 13 de junio, que regula su relación de trabajo. Debe destacarse que las peculiaridades no se extienden al derecho de huelga, que tienen reconocido, si bien con las limitaciones que en cualquier servicio esencial para la comunidad pueden concurrir<sup>2</sup>.

Dejando al margen estos colectivos en situación más peculiar, creo que pueden destacarse tres grandes bloques de personal.

Estos tres colectivos son: el personal laboral, el personal funcionario y el personal que presta servicios en las empresas privadas que gestionan servicios públicos o en entidades o sociedades creadas por las Administraciones Locales, pero que funcionan en régimen de derecho privado.

## 2. LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

Aunque en este análisis como posteriormente diré, me centraré en los derechos colectivos de los funcionarios públicos, conviene repasar las fuentes reguladoras de los derechos colectivos de cada uno de los grupos de personal antes mencionados, para situar exactamente la cuestión.

### 2.1. Fuentes reguladoras

Los rasgos esenciales del régimen en materia de derechos colectivos de los tres grupos de empleados públicos a los que hice referencia y las fuentes reguladoras del mismo, son los siguientes:

#### A) Personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

No parece haber dudas de que tienen reconocido el derecho de libertad sindical dada la amplitud de la fórmula constitucional de reconocimiento – el art. 28.1 CE hace mención de que “todos tienen derecho a sindicarse libremente”- y así lo establece el artículo 1 de la LOLS, que no diferencia entre todos los trabajadores sujetos a relación laboral, y que incluye, como veremos, en el término trabajadores a quienes estén relacionados con la Administración en virtud de relaciones administrativas y estatutarias. Es más, en cuanto que personal laboral, se les aplica el Estatuto de los Trabajadores que reconoce como derecho básico el de libre sindicación (art. 4.1.b) del ET).

Por las mismas razones cabe señalar que este personal tiene reconocido constitucionalmente el derecho de huelga, que se atribuye en el art. 28.2 CE a todos los trabajadores y se confirma como derecho básico de éstos en el art. 4.1.e) del ET, resultando de aplicación la regulación de la huelga, parcialmente vigente, contenida en el RDLRT de 4 de marzo de 1977, cuyo ámbito de aplicación es el de las relaciones laborales (art. 1). Ahora bien, en atención a la actividad que es-

tos empleados desarrollan, es muy posible que la misma se produzca en servicios esenciales para la comunidad. En este sentido, el reconocimiento del derecho de huelga quedará matizado, con más intensidad que en relación con otros trabajadores, por las previsiones del propio art. 28.2 CE, en cuanto a la garantía de mantenimiento de aquellos servicios, y por la aplicación de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 10 del RDLRT, que ha venido amparando la aplicación de servicios mínimos sistemáticos en el desarrollo de huelgas en el sector público.

En cuanto al derecho de negociación colectiva, estos trabajadores lo tienen reconocido en el art. 37 CE, además de que, ya de por sí, derivaría del artículo 28.1 CE, en cuanto contenido esencial del derecho de libertad sindical, si bien posiblemente no con la amplitud con que lo establece el artículo 37 CE. En desarrollo concreto de las previsiones constitucionales, los artículos 82 y siguientes del ET han regulado los convenios colectivos en términos que se aplican a las negociaciones que este personal sostenga con la Administración. El reconocimiento del derecho de negociación colectiva es, pues, amplio, pero se hace en términos y mediante reglas y procedimientos pensados para el sector privado y ello no deja de plantear problemas que evidencian que la aplicación genérica a los empleados públicos de las normas reguladoras pensadas para el sector privado no es la situación más deseable.

Algo parecido cabría decir en cuanto a las estructuras representativas de estos trabajadores, a los que resultan de aplicación las previsiones acerca de la existencia y elección de comités de empresa y delegados de personal (artículos 62 y siguientes del ET, desarrollados por RD 1844/1994, que aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa) y secciones sindicales y delegados sindicales (artículos 8 y 10 de la LOLS). No obstante la aplicación de estas reglas, cabe recordar que las mismas están pensadas para el sector privado y no para los empleados públicos y ello, también aquí, plantea problemas aplicativos como los derivados de la existencia de diversos tipos de empleados en un mismo ámbito representativo o la propia configuración de los ámbitos representativos, dada la imposibilidad de actuar con los tradicionales en el sector privado: centro de trabajo y empresa.

Finalmente, en cuanto a tutela de sus derechos, ésta se produce normalmente en sede judicial ante el orden jurisdiccional social (art. 2.a. LPL), tras un trámite previo de reclamación previa (arts. 120 y siguientes de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y arts. 69 y ss. de la LPL). La existencia de reclamación previa obligatoria, que implica la exclusión del trámite de conciliación en los procesos judiciales que al respecto se tramiten (art. 64.1 LPL), la especial posición procesal de las Administraciones Públicas y la propia redacción de la Ley 30/92, que no contiene ninguna mención acerca de sustituir el trámite de reclamación previa por procedimientos de arbitraje o mediación, crea dudas acerca de si resultan aplicables a los empleados públicos sujetos a relación laboral, los mismos procedimientos de solución extrajudicial previstos para los restantes trabajadores y, en concreto, los que pudieran derivarse de las posibilidades establecidas en los artículos 82 y 85 del ET (desacuerdos en periodos de consulta), 89.4 del ET (mediación en negociación colectiva) y 91 del ET (mediación y arbitraje en conflictos colectivos e individuales, especialmente producidos por la aplicación e interpretación de los pactos y convenios colectivos), pero lo cierto es que los mismos se vienen aplicando sin problemas y esa parece la solución más coherente, en atención a las actuales previsiones del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril y publicada en el BOE de 13 de abril de 2007 (EBEP), que contempla, incluso, la posibilidad de solución extrajudicial entre los funcionarios públicos.

En resumen, el personal laboral, aparentemente y en una primera visión rápida, tendría los mismos derechos colectivos que los restantes trabajadores, que los empleados del sector privado sujetos a relación laboral. Ahora bien, como ha podido siquiera intuirse, la equiparación, en la realidad, no es tan plena y no deja de plantear problemas aplicativos.

#### B) Funcionarios.

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

En efecto, al respecto pueden establecerse las siguientes matizaciones.

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

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

Las peculiaridades, posibles en atención a la CE, prácticamente no existían en la LOLS o se remitían a lo que en otras leyes se estableciese – por ejemplo en materia de órganos representativos en las administraciones (Disposición Adicional 2ª LOLS) -<sup>3</sup> pero, como se verá, dichas peculiaridades existen, al menos en interpretación jurisprudencial, y ello crea no pocos problemas aplicativos, que en cierta medida pueden estar causados porque el legislador haya previsto la aplicación, sin más, de una ley pensada para el sector privado (LOLS) – como se revela con toda claridad, por ejemplo en materia de secciones y delegados sindicales -, pero también pueden derivar, en una parte al menos, de que existe un cierto retraso jurisprudencial para analizar en profundidad lo que debe suponer la sindicalización amplia de las relaciones funcionariales y la opción del legislador por introducir el hecho sindical en unas relaciones, hasta entonces, fuertemente jerarquizadas.

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

En cuanto al derecho de huelga, hoy parece claro que los funcionarios lo tienen reconocido. Podrá dudarse si el mismo se deriva del artículo 28.2 CE, en cuanto que ésta lo reconoce a los trabajadores, pudiendo cuestionarse si se hace mención a los trabajadores en sentido estricto, esto es, sujetos a relación laboral, o a los trabajadores en sentido amplio. Pero, aún con la duda anterior, es claro que ese derecho se derivaría sin dificultad del artículo 28.1 CE, en cuanto que parece contenido esencial de la libertad sindical reconocida a los funcionarios y así se ha asumido por el legislador ordinario, que ha reconocido reiteradamente ese derecho, bien en forma concreta, por ejemplo al regular los efectos retributivos de la situación de huelga de los funcionarios, bien de forma general, en cuanto les incorpora en el ámbito de la LOLS, que reconoce a los sindicatos el derecho a la actividad sindical, que comprende, entre otras facultades la convocatoria de huelgas, sin establecer al respecto limitación alguna (art. 2.1.d) y 2.2.d) de la LOLS), o ya directamente en el EBEP que introduce el matiz del respeto a la garantía de los servicios esenciales para la comunidad. Ciertamente, el derecho de huelga de los funcionarios se ejerce, generalmente, en el marco de actividades relacionadas con servicios esenciales para la comunidad, por lo que el reconocimiento del derecho de huelga se encuentra, también en este caso, matizado por las previsiones al respecto establecidas en el art. 28.2 CE – que por analogía deberían ser aplicables<sup>4</sup> - y a las que, como acabo de decir, se refiere expresamente el EBEP.

Mayores problemas plantea conocer el régimen jurídico de la huelga de los funcionarios en otros aspectos, en cuanto que el RDLRT, de 4 de marzo de 1977, no les resultaría en principio aplicable. En efecto, dicho RDLRT, en su art. 1, establece que su ámbito de aplicación es el de las relaciones laborales, por lo que deja claramente fuera de su ámbito la huelga de los funcionarios (que incluso en su disposición adicional cuarta, que hoy debe entenderse derogada, llegaba a calificarse con bastante amplitud como delito de sedición). Así lo entendió en su día el propio Tribunal Constitucional<sup>5</sup>, que declaró expresamente que el RDLRT mencionado ni regulaba ni prohibía la huelga de funcionarios. Pero como quiera que, al margen de algún aspecto concreto, por ejemplo, efectos retributivos, la huelga de funcionarios no cuenta con ninguna regulación específica, se produce legalmente una situación de desregulación incrementada sobre la que existe en materia de empleados laborales, situación cuando menos insegura y fuente de problemas aplicativos que, curiosamente, se resuelven mediante la aplicación analógica del RDLRT, cuando, como se ha visto, se ha afirmado expresamente de él que no regulaba esta situación, a lo que, además, puede añadirse que está pensado para un marco bien distinto, el de las relaciones en empresas del sector privado y que su aplicación analógica resulta peculiar frente a una línea jurisprudencial, muy consolidada en todos los ordenes, que rechaza la posibilidad de aplicar analógicamente normas laborales a las relaciones funcionariales y a la inversa, en atención al distinto régimen jurídico que caracteriza unas y otras.

En cuanto al derecho de negociación colectiva, realizando una interpretación estricta del concepto de trabajadores y empresarios utilizado en el artículo 37.1 CE, se entiende generalmente que el derecho de negociación colectiva de los funcionarios no emana del citado precepto<sup>6</sup>. Es más, pese a que tradicionalmente el Tribunal Constitucional había considerado que el derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE conlleva, como contenido esencial, el reconocimiento de los derechos de huelga y negociación colectiva<sup>7</sup>, en materia de funcionarios se en-

tiende que no necesariamente aquél derecho conlleva, como núcleo esencial, el reconocimiento de un derecho de negociación colectiva que conduzca a instrumentos jurídicos vinculantes, similares a los existentes en el ámbito de las relaciones laborales, lo que lleva a negar, en consecuencia, que el derecho de negociación colectiva vinculante de los funcionarios emane del artículo 28.1 CE, como contenido esencial del derecho de libertad sindical<sup>8</sup>. Ahora bien, el derecho de negociación colectiva de los funcionarios fue reconocido por la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, modificada al respecto por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos. En la actualidad el derecho continúa reconocido y los artículos 31 y siguientes del EBEP reconocen este derecho, si bien en términos muy diferentes a los que están establecidos para el personal laboral en el ET, admitiéndose, pese a ello, la negociación conjunta, esto es, de eficacia conjunta a laborales y funcionarios.

A partir de la vigencia de la LORAP se admitió el citado derecho,<sup>9</sup> pero aludiendo a su origen legal y, por lo tanto, en los términos en que la ley ordinaria lo configuraba<sup>10</sup>, aunque desde su introducción legal puede ser considerado como contenido adicional del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos<sup>11</sup>. En la interpretación jurisprudencial, el origen legal es tan indiscutible que no se admite la existencia de negociación colectiva en relación con los funcionarios antes de que ésta fuese legalmente reconocida<sup>12</sup>.

Sobre esas cuestiones lo que me interesa resaltar ahora es que los funcionarios tienen reconocido el derecho de negociación, pero en términos distintos a los empleados laborales y además mediante una regulación que sigue planteando problemas, además de que la dualidad de sistemas negociales no deja de ser un elemento de distorsión.

En cuanto a estructuras representativas electivas, los funcionarios cuentan con las suyas propias, esto es, cuentan con sus propios órganos específicos, distintos de los laborales no sólo en aspectos formales, sino también en cuanto a competencias, pues aquellos – los laborales – tienen, por ejemplo, competencias negociales de las que carecen los órganos de representación de los funcionarios. Estos órganos específicos, los delegados y juntas de personal, estaban regulados en la Ley 9/87, LORAP, ya citada, modificada por Ley 18/1994, de 30 de junio, sobre modificación de la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas y desarrollada por Real Decreto 1846/1994, de 9 de septiembre, que aprobó el reglamento de elecciones a estos órganos, distinto, pues, del que rige en las elecciones del personal laboral. Esa regulación ha sido modificada en el EBEP pero parcialmente sigue en vigor.

En materia de secciones sindicales y delegados sindicales, las normas vigentes son las mismas que para los empleados laborales, artículos 8 y 10 LOLS, con el problema ya mencionado de que están pensadas para el ámbito de las relaciones en empresas privadas. Esta regulación introduce elementos de distorsión en cuanto, en el mismo sentido que la existencia de dos sistemas diferenciados de negociación colectiva, dificulta el tratamiento unitario de los problemas comunes a los empleados públicos. Sobre la cuestión se volverá.

En cuanto a tutela judicial y extrajudicial, los funcionarios obtienen la tutela de sus problemas en el orden contencioso-administrativo, salvo algunas cuestiones específicas, como las derivadas de las relaciones internas con sus sindicatos o las relativas a las elecciones a órganos representativos como las impugnaciones de los laudos arbitrales en materia electoral o las denegaciones de inscripción de actas, sobre las que existe competencia del orden social (arts. 27 y 29 LORAP y 2 n) LPL).

En materia de solución extrajudicial, no parece que los funcionarios puedan acogerse a los procedimientos de solución extrajudicial existentes o que pudieran crearse negocialmente en el ámbito laboral, pero el EBEP ha establecido la posibilidad de que negocialmente se establezcan procedimientos de solución similares a los que rigen en el ámbito privado, basados también en la mediación, que puede ser obligatoria, y en el arbitraje, en principio voluntario, además de las funciones que al respecto puedan asumir las comisiones de seguimiento (paritarias) de los Pactos y Acuerdos, a las que me referiré.

La solución extrajudicial es absolutamente necesaria y la dualidad jurisdiccional en materia sindical no es la mejor solución.

Por un lado, no es lo mejor la remisión de problemas claramente sindicalizados al orden contencioso-administrativo, por la dualidad jurisdiccional que se produce de hecho, y por otro lado cabe resaltar la incoherencia de reconocer los derechos de negociación y huelga sin desarrollo

de algo que parece inherente, como es la existencia de procedimientos adecuados de solución extrajudicial para los conflictos, al menos, de dimensión colectiva.

Finalmente en materia de derecho de reunión, además de la aplicación de las normas de la LOLS, el EBEP cuenta con una regulación, básica y escueta, del derecho de reunión de los empleados públicos, parece que común a los laborales y funcionarios, aunque a los primeros se les aplica también la regulación de los arts. 77 y siguientes del ET.

En resumen, los funcionarios públicos cuentan con un reconocimiento de los derechos colectivos específico, no coincidente con el de los empleados laborales de las Administraciones Públicas y, al menos en parte, conflictivo. El conflicto viene en algunos casos por falta de claridad de la regulación aplicable; en otros, por la aplicación de criterios pensados para el empleo privado y por tanto, posiblemente, no adecuados; en otros, por la insistencia en diferenciar la regulación de los empleados públicos en atención a que sean personal laboral o funcionario, lo que en estas materias colectivas no siempre está justificado; y, finalmente, en otros, por la prevalencia que se da a la posición de la Administración en atención a los intereses generales a los que sirve.

#### C) Personal al servicio de entidades y sociedades sujetas al derecho privado.

Finalmente cabe hacer una referencia rápida al personal que presta servicios en empresas privadas a las que se encarga la gestión o prestación de algún servicio público o al que presta servicios en aquellas entidades o sociedades que, aún siendo de creación por las Entidades Públicas y apareciendo éstas, en su caso, como las únicas gestoras o propietarias de las mismas o, en su caso, compartiendo la propiedad con terceros, se sujetan en su funcionamiento a un régimen jurídico de derecho privado, por ejemplo empresas municipales de transporte y similares.

El personal de todas estas empresas se sujeta al régimen laboral, también en materia de derechos colectivos, sin más matices que los que pudieran derivarse de los límites retributivos establecidos en las normas presupuestarias en la medida que resulten aplicables a lo que podríamos denominar el sector público empresarial – en sentido amplio -.

Estas personas no son, propiamente, empleados de las Administraciones Locales, trabajando para entidades con personalidad propia y diferenciada, incluso aunque su único propietario sea una Entidad Pública y no se les aplican las disposiciones pensadas para los empleados públicos.

Bien, de todos estos tipos de personal, que coexisten en el ámbito de la Administración, el presente estudio se centrará en los derechos colectivos de los funcionarios aunque alguna referencia a problemas comunes con el personal laboral se efectuará, siquiera a efectos comparativos y en otros casos, por imprescindible – procedimientos de negociación conjunta -.

## 2.2. Los derechos reconocidos

Centrando ya el estudio, exclusivamente, en los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas, a la hora de determinar sus derechos colectivos hay que partir de cómo se ha concretado el marco general al que se ha hecho referencia en el EBEP.

El artículo 15 del EBEP, reconoce unos derechos de los empleados públicos que, aunque se reconozcan individualmente, se deben ejercer colectivamente.

Estos derechos son los siguientes:

- a) El derecho de libertad sindical.
- b) El derecho a la negociación colectiva y a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo.
- c) El derecho al ejercicio de huelga, con la garantía del mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.
- d) El derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso.
- e) El derecho de reunión en los términos establecidos en el artículo 46 del Estatuto.

De todos estos derechos el Estatuto Básico sólo regula algunos, concretamente el de negociación colectiva, el de reunión y el derecho a plantear conflictos colectivos pero exclusivamente en relación con las posibles soluciones extrajudiciales de los mismos.

Además, en relación con esos derechos que regula, cabe señalar que el contenido en relación con el derecho de reunión es muy simple, mientras que en la regulación de la negociación colectiva y de la solución extrajudicial de los conflictos existen considerables novedades sobre la situación precedente.

Por otro lado, el EBEP en sus artículos 39 a 44 regula los órganos de representación unitaria de los funcionarios en términos continuistas con lo establecido en la LORAP, e incluso manteniendo en vigor parte de la regulación establecida en la misma.

La aplicación del EBEP es evidente y hay que partir de ella, si bien, como se acaba de decir, la regulación del EBEP no es completa en la materia, entre otras cosas porque al no ser Ley Orgánica no podría entrar a regular ciertos derechos sindicales o colectivos.

Conforme a esa situación y a cuanto se dijo anteriormente sobre fuentes reguladoras, a la hora de estudiar los derechos colectivos de los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas hay que tener en cuenta un conjunto normativo complejo, en concreto: la CE, la LOLS, el EBEP, la LORAP en lo que sigue vigente, el RDLRT de 1977 conforme se ha interpretado por el Tribunal Constitucional y, por supuesto, las interpretaciones judiciales de todas esas normas, así como habrá que tener en cuenta, en cada caso concreto y en relación con cada Entidad el posible desarrollo de estos derechos en la negociación colectiva y las normas específicas que le resulten aplicables.

De todo ese conjunto, se derivan notables problemas, que sería imposible abordar en su totalidad en este estudio.

Por ello me centraré en algunos que se han revelado como especialmente conflictivos en los últimos tiempos o que interesa resaltar pues no siempre su interpretación ha sido pacífica.

### **3. LOS PROBLEMAS CONCRETOS DE MAYOR INTERÉS**

Como ya dije, limitaré mi intervención a algunos problemas, los que me parecen de mayor interés.

Al respecto creo que pueden destacarse los siguientes aspectos que a continuación abordo:

En relación con la libertad sindical:

1. La garantía de indemnidad.
2. El ámbito de constitución de la sección sindical
3. El crédito horario y la figura de los liberados sindicales

En relación con la negociación colectiva:

1. Los principios generales a que se sujeta la negociación colectiva.
2. La obligatoriedad de la negociación colectiva.
3. La negociación conjunta para todos los empleados públicos
4. La eficacia de lo negociado y la posibilidad de suspender su aplicación.
5. La solución extrajudicial de los conflictos.

En materia de derecho de huelga:

1. La garantía de los servicios esenciales para la comunidad.
2. La tutela del derecho de huelga.

Veamos cada una de estas cuestiones.

#### **3.1. En relación con la libertad sindical<sup>13</sup>.**

##### **3.1.1. La garantía de indemnidad**

Cualquier funcionario puede unirse o sumarse a las iniciativas sindicales, aunque no esté afiliado al sindicato que las promueva: una huelga, una manifestación, una reunión, una acción de protesta, etc.

Incluso también, lógicamente, cualquier afiliado es libre de no sumarse a una actuación concreta de su organización sindical lo que, en el plano interno y conforme a lo previsto estatuta-

riamente conllevará, en su caso, las sanciones o incluso la expulsión de la organización sindical por incumplimiento de decisiones estatutarias, pero no puede tener repercusiones externas de ningún otro tipo.

Existe, pues, una absoluta garantía de indemnidad que protege el hecho de la afiliación – en su vertiente positiva y negativa – pero también la adhesión o no a los acuerdos sindicales y, en general, a la actividad sindical.

De este modo el funcionario público no puede sufrir ningún tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo por estos motivos.

No cabe suponer que el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad a que está sometida la Administración Pública haga imposibles estas conductas, aunque ciertamente las dificulta, pero en cualquier caso las mismas se pueden producir<sup>14</sup>.

Frente a ellas el funcionario puede recabar la tutela judicial de su derecho a la libertad sindical y el orden jurisdiccional competente al respecto será el contencioso-administrativo y no el social que, como vimos, sí era competente en otras cuestiones (art. 3.1.a) LPL).

Esta garantía de indemnidad ha sido aplicada reiteradamente en el ámbito de las Administraciones Públicas, especialmente en relación con trabajadores que realizaban funciones representativas, pero esta garantía es absoluta y alcanza a cualquier trabajador, impidiendo como se ha dicho cualquier represalia, discriminación o consecuencia desfavorable por el hecho no sólo de la afiliación, sino de la adhesión a la acción sindical<sup>15</sup>.

Es más, si el funcionario alega que se ha vulnerado su garantía de indemnidad, entrarán en juego las especiales reglas sobre la carga de la prueba de la vulneración de derechos fundamentales, exigiéndose al funcionario que aporte algún indicio de que la medida de la Administración responde a una posible actuación vulneradora de la libertad sindical, pero, una vez aportado dicho indicio, la carga de la prueba se traslada a la entidad empleadora, que será la que deberá demostrar que su actuación responde a un motivo ajeno totalmente a dicha finalidad<sup>16</sup>, sin que sea suficiente a ese efecto la alegación de que la decisión entra dentro del marco de actuaciones discrecionales de la entidad empleadora o que no requiere motivación concreta lo que alcanza incluso a la asignación o remoción en puestos de libre designación<sup>17</sup>.

Es, pues, un derecho fuertemente protegido, incluso en casos extremos con derivaciones penales, la libertad individual de sumarse o no a las actuaciones y prácticas de las organizaciones sindicales.

### **3.1.2. El ámbito de constitución de la sección sindical**

Las actuaciones de los sindicatos tienen una doble dimensión, por un lado la externa al ámbito de la empresa: interlocución con los poderes públicos, participación institucional, etc.; por otro lado la interna que realiza en el seno de cada empresa o entidad empleadora. Para la realización de esa actividad interna en la empresa el sindicato necesita una mínima organización de sus afiliados, una estructura de base a través de la cual esos afiliados puedan desarrollar en el ámbito de la entidad empleadora o del centro de trabajo el programa de actuación del sindicato al que pertenecen.

Esta concepción de la sección sindical como estructura de base del sindicato hace que la sección sindical tenga una naturaleza dual.

Por un lado, es una estructura interna del sindicato, a través de la cual los afiliados en un determinado centro o empresa participan en la vida interna del sindicato y en la adopción de las decisiones de éste; por otro lado, son estructuras representativas en la empresa, aunque no de todos los trabajadores, sino de los afiliados a un determinado sindicato, por lo que tienen una base asociativa y no electiva<sup>18</sup>, pero a las que se reconocen derechos que implican, a su vez, cargas y costes para la entidad empleadora<sup>19</sup>.

Esta doble naturaleza<sup>20</sup>, en la medida que conlleva la consideración de que se trata de un órgano representativo de los afiliados supone consagrar un doble canal representativo: el unitario, de base electiva por la totalidad de los trabajadores y el sindical, de base asociativa limitado a los afiliados a cada sindicato.

Concebida de este modo es claro que la sección sindical es una estructura, un órgano del sindicato, regulado en los estatutos del mismo y que, por tanto, carece de personalidad jurídica diferenciada del sindicato en el que se integra.

En principio, pues, la constitución y régimen jurídico de la sección sindical se atenderá a las disposiciones legales y a la propia regulación interna del sindicato (estatutos y normas de desarrollo de los mismos, si es que existen).

Concebida con la doble naturaleza a la que se ha hecho mención, la sección sindical integra a los afiliados a un sindicato en el centro de trabajo; ahora bien ello en el ámbito concreto de las Administraciones Públicas plantea diversos problemas. Uno es la determinación de lo que debe entenderse por empresa o centro de trabajo, pues ese concepto no encaja con la estructura administrativa; por ejemplo ¿sería el centro de trabajo una entidad municipal en conjunto o lo sería cada una de sus dependencias? Lógicamente la solución a la pregunta condiciona la existencia de la propia sección sindical y su ámbito de actuación.

El segundo problema específico surge de las consideraciones que al principio de este estudio se hicieron. En la Administración Pública existen dos grandes colectivos de personal: el sujeto a relación laboral y el funcionario. Ante esa dualidad cabe cuestionarse si cada colectivo ha de contar con una sección sindical diferenciada o si cabe constituir una sección conjunta y, en este caso, si los derechos de la misma se han de conceder en atención al número total de empleados públicos sin diferenciar entre laborales y funcionarios o, por el contrario, teniendo en cuenta por separado el número de unos y otros. La cuestión no es menor si se tiene en cuenta que puede condicionar derechos como el disfrute de local, la elección de delegados sindicales, etc.

En relación con estas cuestiones cabe señalar cuanto sigue.

1º) El ámbito de constitución de la sección sindical en la Administración Pública.

En cuanto al ámbito de constitución de la sección sindical el problema se plantea por la afirmación legal de que la sección sindical se constituye en “la empresa o el centro de trabajo”.

Aparece aquí una opción clara que, en principio, permite una cierta opción sindical, aunque muy matizada por cuanto luego se dirá acerca de que el ámbito normal de funcionamiento de estas secciones es el de las respectivas unidades electorales, habiéndose entendido, además, en el ámbito laboral que los delegados sindicales deben ser delegados de centro de trabajo, por lo que parece que ese es el ámbito preferente de constitución de la sección sindical.

Ahora bien, el problema en la Administración Pública es más complejo pues los conceptos de empresa y centro de trabajo se acomodan mal a las estructuras administrativas que cuentan con unidades y dependencias en las que la independencia física no implica siempre una independencia funcional y que responden a una integración orgánica y en ocasiones a un órgano común con competencias en materia de personal.

Lo anterior ha conducido a un cierto debate en torno a la forma de ajustar el concepto de centro de trabajo en el ámbito administrativo.

En este sentido el debate central ha estado en la determinación de si debía vincularse el ámbito espacial de funcionamiento de la sección sindical al de la unidad electoral que se utiliza a efectos de constitución de las juntas de personal.

Así, frente a opiniones que sostenían que no necesariamente debería ajustarse la sección sindical a ese ámbito, otras sostenían lo contrario, entendiendo que las relaciones evidentes que se dan entre la regulación de la representación unitaria y la sindical conducían, como mejor opción, a la vinculación entre el ámbito de ambas.

Lo cierto es que la solución jurisprudencial ha caminado por un terreno intermedio, que resulta razonable.

Así, se considera como regla general que las secciones sindicales en el ámbito de la Administración Pública se han de ajustar a las unidades electorales, por lo que, a falta de otra determinación hay que estar al art. 7 de la LORAP, transitoriamente en vigor.

Ahora bien esta regla general no impide que en atención a la peculiaridad de cada Administración se admita que pueda pactarse un concepto distinto y, en ese sentido, las partes de común acuerdo establezcan un ámbito distinto de constitución de las secciones sindicales, lo que puede ser especialmente importante en administraciones amplias o de estructura compleja.

En este sentido, de existir ese pacto, que sería posible al amparo de las normas sobre negociación en el empleo público citadas, a él habría que estar y el ámbito que se definiese en el citado acuerdo sería el que permitiría la constitución de la sección sindical.

2º) La posibilidad de secciones conjuntas de empleados laborales y funcionarios.

Puede resultar cuestionable que, en la medida que el EBEP ha consolidado la negociación colectiva conjunta entre el personal laboral y el funcionario, no se haya aprovechado la ocasión, también, para resolver el problema de la constitución de secciones sindicales conjuntas entre empleados laborales y funcionarios.

Ésta es la opción que parece predominante en la práctica sindical y, sin duda, a efectos internos así puede funcionar, pero, a efectos externos, la jurisprudencia ha entendido que no cabe la constitución de secciones sindicales conjuntas.

Hubiese sido más coherente respetar la opción sindical y reconocerlo expresamente así en la norma legal, enlazando con la doctrina constitucional que entendió que esta cuestión podía dejarse en manos de la decisión de los afiliados al sindicato y de la libertad de organización de éste, algo que hoy sólo es posible a efectos internos y, en su caso, de hecho y mediante la aceptación de la Administración correspondiente, aceptación lógica pues ese ámbito conjunto, al igual que ocurre en la negociación colectiva, es funcional y adecuado.

Es más, en la medida que los derechos sindicales pueden ser objeto de negociación colectiva y en tanto la solución sea más favorable para los empleados públicos, no debería objetarse la solución de constituir secciones sindicales mixtas, lo que puede suponer para abordar numerosas cuestiones comunes: seguridad y salud, igualdad, etc. Incluso la admisión de la negociación conjunta es un buen argumento a favor de esta posibilidad.

En todo caso a falta de pacto de mejora, el funcionamiento de una sección sindical mixta se quedará en el plano interno, en cuanto estructura sindical, pero los derechos frente a la entidad empleadora se ostentarán como si existiesen dos secciones diferenciadas, una del personal laboral y otra de los funcionarios, por lo que, por ejemplo, para determinar ciertos derechos: local, elección de delegado sindical, y cualquier otro que dependa del número de empleados, no podrán sumarse los empleados públicos laborales y funcionarios de la entidad local, debiendo computarse por separado, insisto que salvo aceptación de la entidad empleadora o pacto de mejora que otra cosa disponga.

### **3.1.3. El crédito horario y los liberados sindicales**

La sección sindical es un órgano colectivo y como tal necesita hacerse representar por alguien que actúe en su caso de portavoz ante los trabajadores y el empleador.

Esa función de portavoz o representante de la sección sindical es la que concede el art. 10.1 de la LOLS al delegado sindical, si bien parece del tenor literal de la norma que esa función sólo se reconoce en los centros de más de 250 empleados y para las secciones sindicales que hayan obtenido presencia en los órganos representativos.

Realmente no es así, cualquier sección sindical necesite unos portavoces o representantes que actúen en su nombre, cuya denominación más adecuada es precisamente la de delegado sindical; otra cosa es que determinados delegados sindicales tengan unos derechos superiores, debiendo concedérseles ciertas facilidades que no están garantizadas a los demás.

La posibilidad de que todas las secciones sindicales cuenten con delegados o portavoces ha sido admitida constitucionalmente si bien con una cierta evolución, pues inicialmente el Tribunal Constitucional los admitía, fuera de los casos legalmente contemplados en la LOLS, como meros portavoces internos de la sección sindical pero sin proyección exterior<sup>21</sup>, pero posteriormente acabaría admitiendo también su posición de portavoces o representantes o mandatarios externos de la sección sindical<sup>22</sup>, esto es, frente al empleador y frente al conjunto de trabajadores y con una actuación que goza de la protección que en general se dispensa a la libertad sindical.

La diferencia entre los delegados sindicales de unas y otras secciones no estaría, pues, en la función esencial del delegado o portavoz de la sección sindical, sino en el conjunto de derechos reconocidos que no siempre será el mismo<sup>23</sup>, pues algunos delegados dispondrán de unas facultades y medios adicionales a los generales que cualquier portavoz de una sección sindical tiene como interlocutor sindical con el empresario y los trabajadores y que, en definitiva, como se vio, parten de derechos reconocidos a todas las secciones sindicales (negociación, conflicto, etc.).

Esta diferenciación se ha considerado plenamente constitucional<sup>24</sup> y por tanto de ella hay que partir, sin perjuicio de que el empleador pueda extender ciertas facilidades de las que la ley atribuye solamente a algunos delegados sindicales, al resto, como, por ejemplo la concesión de crédito horario, como también pueden negociarse y reconocerse derechos adicionales a todos o a

parte de los delegados sindicales, siempre que en este último caso la diferenciación se ajuste a criterios razonables.

El número de delegados elegible es el que determine la negociación colectiva o el acuerdo con la empresa, siempre mejorando la escala que establece el art. 10.2 LOLS que tiene el carácter de mínimo como claramente se desprende del tenor literal de la norma que establece que “bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados...”.

Si no se produjese ese acuerdo de ampliación el número de delegados a elegir se ajusta a la siguiente escala:

- Secciones sindicales que hayan obtenido al menos el 10% de los puestos en el órgano de representación existente en la unidad electoral (normalmente junta de personal por lo que hace a los funcionarios):

- Unidades electorales de 250 a 750 empleados: 1 delegado para cada sección.

- Unidades electorales de 751 a 2000 empleados: 2 delegados para cada sección.

- Unidades electorales de 2001 a 5000 empleados: 3 delegados para cada sección.

- Unidades electorales de 5001 empleados o más: 4 delegados para cada sección.

- Secciones sindicales que hayan obtenido representación en el órgano correspondiente pero sin alcanzar el 10%:

- Un delegado para cada una de las secciones que estén en esta situación, con independencia del número de empleados de la sección sindical.

La función esencial del delegado sindical es la de ser el portavoz y el representante del sindicato al que pertenece la sección sindical en el ámbito interno de la empresa.

En atención al carácter instrumental del derecho de libertad sindical es evidente que esa labor está pensada para la defensa de los derechos de los afiliados al sindicato en cuanto tales y frente, sobre todo, a su empleador.

En consecuencia el delegado sindical será el conducto normal por el que se encauzaran las reivindicaciones de ese colectivo de afiliados, se producirá la interlocución con la empresa y se efectuarán las acciones pertinentes en defensa de los intereses sindicales y de los afiliados.

A estos efectos la LOLS ha reconocido unos derechos específicos a los delegados de las secciones sindicales de los sindicatos que, como se dijo, cuentan con presencia en los órganos de representación, en este caso normalmente en la Junta de Personal.

Además, los funcionarios públicos, y en realidad todos los empleados públicos, cuentan también con representantes unitarios, electivos, que representan a todos los empleados, afiliados y no afiliados a los diversos sindicatos y que ejercen numerosas funciones de interlocución – aunque entre los funcionarios no de negociación que corresponde exclusivamente a las mesas cuya composición está sindicalizada – y de representación de los trabajadores de las Administraciones Públicas.

El número de estos representantes entre 1 y 75 se establece en el artículo 39 EBEP y las funciones de los mismos que deben tener con carácter básico en todas las Administraciones Públicas, se enumeran en el artículo 40 EBEP.

Al efecto de poder realizar sus funciones el EBEP les concede un crédito de horas mensuales, 15 para los centros de hasta 100 funcionarios, 20 de 101 a 250 funcionarios, 30 de 251 a 500, 35 de 501 a 750 y 40 para los centros de 751 funcionarios o más.

Ese crédito horario es igual al que corresponde a los representantes del personal laboral, conforme al artículo 68 ET y resulta aplicable igualmente a los delegados sindicales en virtud de la equiparación de garantías que se establece en el artículo 10.3 LOLS.

El EBEP establece la posibilidad de que los miembros de una misma candidatura pueden acumular los créditos horarios en uno o varios de ellos, previa comunicación al órgano que ostente las labores de Jefatura de personal en la Administración respectiva.

Alguna sentencia ha matizado que la mención a la misma candidatura debe llevar a entender que se trata de los elegidos en una misma unidad electoral, pero en general este es un tema negociable y habrá que estar, en su caso, a lo que pueda haberse pactado.

Por supuesto, por la vía de la acumulación de horas puede llegarse a la figura del liberado sin-

dical si la acumulación permite que uno o varios trabajadores queden liberados del servicio.

Además debe entenderse que la escala de horas concedidas como crédito horario es un mínimo que puede ser mejorado mediante negociación colectiva y de hecho no es infrecuente dicha mejora; incluso, como se analizó, la escala de delegados sindicales es un mínimo que cede ante cualquier mejora pactada en la negociación colectiva, como claramente se desprende del art. 10.2 LOLS que señala que por acuerdo colectivo se podrá ampliar el número de delegados sindicales y que, en defecto de dicho acuerdo de ampliación, el número será el que la propia norma establece.

Es más, tal como se avanzó, no es sólo que la mejora es perfectamente pactable, sino que incluso puede hacerse en general o reducida a los sindicatos que acrediten una determinada representatividad<sup>25</sup>

No cabe, por el contrario, ampliación del número de representantes unitarios por los efectos externos a la empresa que dicha representación tiene (efecto de audiencia electoral para medir la representatividad sindical).

Con esta salvedad es, pues, perfectamente lícito que las Administraciones reconozcan delegados sindicales adicionales y más crédito horario del legalmente establecido y, en consecuencia, es posible llegar a un número de liberados sindicales superior al que se desprendería de la aplicación de los mínimos legales.

Esa posibilidad es bastante razonable en atención a las amplias funciones de interlocución, negociación y acción sindical en el empleo público y no ha sido, desde luego, infrecuente, en las Administraciones Públicas.

Lo cierto es que todo lo anterior había sido bastante pacífico hasta que, con motivo de la última crisis, algunas Administraciones Públicas han pretendido reducir el número de delegados sindicales y liberados, aprobando incluso leyes autonómicas en las que adoptaban estas disposiciones.

Al margen de lo poco razonable de la medida cabe señalar que con ella se dejaban sin aplicación o se modificaban Acuerdos negociados en su día al respecto.

En ese sentido, llama la atención que la vía para ello no fuese la legalmente prevista, que se contempla en el artículo 38.10 EBEP, único supuesto en el que puede cuestionarse la obligación de cumplimiento de un Pacto o Acuerdo.

Cuestión diferente es que lo hiciese una ley estatal, lo que plantearía otros problemas, pero parece bastante claro que una ley autonómica que dejase sin efecto algún Pacto o Acuerdo por una vía distinta a la del artículo 38.10 EBEP, resultaría contraria a una disposición estatal básica que, como tal, le vincula y le impide legislar en contrario, pues constitucionalmente no tiene competencias en materia de legislación básica del régimen funcional (149.1.18<sup>a</sup> CE) – menos aún en materia de legislación laboral (149.1.7<sup>a</sup> CE) -.

Esas actuaciones, que en general se remiten al número de delegados sindicales establecidos en la LOLS, olvidan que el número que la citada norma establece es, precisamente, el pactado y sólo en defecto de pacto establece subsidiariamente un número mínimo de delegados sindicales. Resulta así que estas disposiciones autonómicas están incluso invadiendo espacios propios de una Ley Orgánica y alterando el texto de la LOLS, lo que constitucionalmente me parece inadmisibles.

Además sorprende que no se acude al instrumento útil para en su caso dejar sin efecto un Pacto o Acuerdo y cabe cuestionarse la razón para omitir el recurso al procedimiento legal para ello ¿Será que no se pueden justificar las razones que permiten acogerse a tan excepcional medida? ¿Será que, aunque existan razones, las mismas no hagan necesaria la concreta medida planteada (reducción del número de liberados)?

En mi opinión estamos ante unas medidas que entran en colisión directa con la CE, por un lado porque se atribuyen competencias que no corresponden a esas Administraciones y, por otro, porque inciden en materia cuya regulación requeriría, al menos en algunos aspectos, una norma con rango de ley orgánica.

### **3.2. En relación con la negociación colectiva**

#### **3.2.1. Los principios generales en materia de negociación colectiva**

La negociación colectiva de los funcionarios públicos (en realidad podría decirse que la de todos los empleados públicos) se sujeta a los principios previstos en el propio EBEP, concreta-

mente (EBEP art. 33.1) los de: legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negociada, publicidad y transparencia.

Pero a ellos se añaden unas grandes opciones que esencialmente serían las siguientes:

1ª) La negociación en Mesas de un cierto carácter estable.

2ª) Se configuran los ámbitos de negociación. En efecto frente a la libertad de ámbitos característica de la negociación laboral, el EBEP opta por determinar de forma más rígida los ámbitos de negociación, estableciendo unas Mesas que necesariamente existirán, incluso en la actualidad se crean necesariamente Mesas de negociación conjuntas de laborales y funcionarios. En todo caso se introducen ciertos elementos flexibilizadores.

El primero, ya conocido, es la admisión de las Mesas Sectoriales, incluso remitiendo a la propia negociación colectiva su creación y la determinación de las que existan y sus competencias. El Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, establece en principio y con carácter transitorio y sin perjuicio de que la Mesa General correspondiente acuerde la creación de otras, que en el ámbito de la Mesa General Interadministraciones existirán las siguientes Mesas Sectoriales Estatales: Educación, Sanidad, Justicia, Universidades.

A su vez, en el ámbito de la AGE, se suscribió el 20 de mayo de 2008, un Acuerdo en la Mesa General Conjunta de Negociación de la AGE sobre ordenación de la negociación en la misma que fue publicado en el BOE de 6 de junio y que, además de establecer diversas comisiones técnicas, establecía Mesas Delegadas (equivalentes a lo que serían las Sectoriales) bien en ámbitos departamentales, bien en organismos y entidades públicas, estableciendo el proceso para crear las mismas y disponiendo que al menos se constituirían las siguientes: Instituciones Penitenciarias, Dirección General de Tráfico (las dos en ámbito departamental) y Agencia Estatal de Administración Tributaria, INGESA, Entidades Gestoras de la Seguridad Social (las tres en el ámbito de organismos y entidades públicas). En el citado Acuerdo se establecía que estas Mesas Delegadas podían negociar en sus ámbitos respectivos las siguientes materias: aplicación de las retribuciones y sistemas de clasificación de puestos y demás elementos de ordenación de recursos humanos, aplicación de los horarios, calendarios, jornadas, vacaciones, permisos, etc. (sin duda en referencia a las cuestiones relativas a la aplicación y distribución del tiempo de trabajo), aplicación de las medidas de seguridad y salud laboral, formación y promoción profesional, acción social, provisión de puestos de trabajo, las que desarrollen o afecten a la progresión profesional, las cuestiones propias de su ámbito y aquellas que les encomiende expresamente la Mesa General o no hayan sido objeto de decisión por ésta. Además este Acuerdo fija las reglas de coordinación entre los distintos ámbitos (primacía, complementariedad y competencia), que en resumen conducen a que sea imposible modificar en las Mesas Sectoriales lo pactado en la Mesa General, ratificando así que es ésta la que tiene la primacía negociada.

El segundo, más novedoso, es la posibilidad de negociación en el ámbito supramunicipal y en general la posibilidad de adhesión a negociaciones en ámbitos superiores.

3ª) La sindicalización de la negociación, excluyendo la legitimación negociada de las representaciones unitarias (Juntas y Delegados de personal), en solución que se extiende a la negociación conjunta de personal laboral y funcionario, para la que no se legitima a los Comités de Empresa y Delegados de personal del ámbito laboral, solución absolutamente constitucional, en cuanto que dichas representaciones son de origen legal<sup>26</sup>, y por tanto corresponde a la norma legal fijar sus competencias.

Lógicamente también se excluye la legitimación negociada de los representantes elegidos en candidaturas no sindicalizadas, como grupos de no afiliados y similares.

4ª) La negociación sigue siendo obligatoria para la Administración, en atención a sus competencias y en las respectivas Mesas que procedan, en relación con el personal funcionario y las materias que se enumeran en el artículo 37.1 del EBEP.

5ª) El EBEP contiene algunas reglas precisas sobre el procedimiento de constitución y actuación de las Mesas de Negociación, reglas que serán aplicables a las Mesas de funcionarios y a las conjuntas.

Estas reglas señalan que las Mesas quedarán válidamente constituidas, sin perjuicio del derecho de presencia proporcional de todas las organizaciones legitimadas (a las que habrá que dar necesariamente la posibilidad de participar), si están efectivamente presentes la Administración que negocia de una parte, y de la otra, las organizaciones sindicales que representan, en

su conjunto y como mínimo, la mayoría de los miembros integrantes de los órganos unitarios de representación existentes en el ámbito afectado por el convenio (EBEP art. 35).

Claro es, si no se puede cumplir éste requisito, la negociación colectiva en los términos del EBEP no es posible, quedando únicamente abierta la vía de contactos informales entre las partes que pueden llevar, pese a todo, a que la Administración acabe aceptando los resultados de esa negociación informal, aunque éstos se expresarán, no bajo la forma de Pactos o Acuerdos, sino bajo la forma de normas reglamentarias de la propia Administración (o en su caso de proyectos de ley), sin perjuicio del consenso social que se haya producido en torno a las mismas.

Las Mesas de negociación reguladas en el EBEP tienen, como se dijo, un cierto carácter permanente; una vez constituidas sólo se revisa su composición cada dos años a partir de la fecha inicial de su constitución.

La revisión será instada por la organización interesada y se producirá, lógicamente, cuando se haya producido un cambio en la representatividad que lleve a dar entrada a nuevas organizaciones, hacer salir de la Mesa a alguna otra que estaba en ella y ha perdido ese derecho, o a replantear el número de miembros que corresponden a las organizaciones presentes en la Mesa.

Por supuesto, si no se pide la revisión, la Mesa se mantendrá con la misma composición.

Todos estas decisiones se adoptarán conforme a las certificaciones que expida la oficina pública de registro de las actas electorales y, como es claro, la exclusión de una organización legitimada, la inclusión de una no legitimada o la concesión de una menor o mayor representación otorgada a cualquier organización, pueden ser objeto de impugnación judicial.

En todo caso la revisión de representatividad se produce exclusivamente en atención a los resultados electorales, por lo que sólo si se han producido nuevos procesos de elecciones puede revisarse la misma. Por el contrario, incidencias como la incorporación de nuevos empleados como consecuencia de un proceso de transferencias y la consiguiente alteración en la representatividad que ello puede ocasionar, no alteran la composición de la Mesa, que permanecerá invariable, pese a ello, hasta la celebración de nuevas elecciones<sup>27</sup>.

Otras cuestiones se dejan al desarrollo reglamentario, como el número de miembros de las Mesas, aunque se fija un máximo de 15 por cada una de las dos representaciones (EBEP art. 35.4)

El EBEP prevé además la posibilidad de que las Administraciones Públicas encarguen los procedimientos de negociación a órganos creados por ellas de carácter técnico (art. 33.2), lo que no alterará, en su caso, las exigencias de ratificación en relación con los Acuerdos a la que se hará mención.

También se prevé que las partes representadas en la Mesa utilicen asesores con voz pero sin voto. No parece que una parte pueda objetar este derecho de la otra, siempre que se utilice en términos no abusivos y no impida la operatividad de la negociación o se pretenda un uso desviado de la misma que intente, por ejemplo, introducir en la Mesa, siquiera con voz, a organizaciones no legitimadas para estar presentes en la misma.

Se establece, a falta de acuerdo al respecto, un plazo máximo de un mes, desde que se promovió la negociación por la mayoría de una de las partes legitimadas, para el inicio de las negociaciones (EBEP art. 34.6).

La excepción a ese plazo es la existencia de causas legales o pactadas que impidan la negociación. Esencialmente hay que tener en cuenta al respecto las reglas sobre duración y prórroga de los Pactos y Acuerdos. Parece lógico que si está vigente un Acuerdo, bien por hallarse en su duración inicial o por estar prorrogado en los términos que se dirá, una parte puede negarse a renegociar el mismo hasta que no finalice su vigencia inicial o prorrogada.

6ª) Por otro lado, el EBEP establece unas reglas generales de comportamiento negocial. Así, se introduce una referencia expresa a la obligación de negociar de buena fe y a la de proporcionarse la información que se precise (arts. 33.1 y 34.7).

Como sucede habitualmente en esta materia, no se prevé lo que ocurre si esas obligaciones se incumplen, ni está claro cómo se puede exigir que las mismas se respeten y ni siquiera existe una definición segura de lo que implica negociar de buena fe.

Posiblemente sea más fácil exigir la entrega de una documentación, lo que podría hacerse incluso judicialmente, pero las exigencias de negociar de buena fe aparecen como algo más difuso, aunque alguna consecuencia puede extraerse de esa regla y tampoco debe descartarse que quepa una condena a negociar con buena fe, si bien no es fácil determinar cómo se ejecutaría esa sen-

tencia, ni estén claras las concretas obligaciones que implica la buena fe que, en su caso, pueden reconducirse a cuanto luego se dirá acerca de la obligatoriedad de la negociación y la exigencia de que allí donde sea obligatoria se produzca una auténtica negociación y no un mero formalismo.

7ª) Aunque el EBEP no contempla expresamente la cuestión, parece evidente que los acuerdos se adoptan por mayoría de cada una de las dos representaciones presentes (la de los representantes de la Administración y la de los representantes sindicales), debiendo aplicarse, muy posiblemente y a falta de desarrollo reglamentario que otra cosa dijese, las soluciones utilizadas en el ámbito laboral, optando por el voto personal de cada uno de los miembros presentes en la Mesa, en su caso proporcional a su representación, sin perjuicio del derecho posterior de ratificación de los Acuerdos por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. En atención a esto es aconsejable un número impar de componentes en cada representación para evitar que se produzcan empates si la composición de la mesa refleja exactamente la proporcionalidad representativa; debe tenerse en cuenta que de darse un empate entre los miembros de una representación no habría acuerdo al faltar la mayoría en una de las dos partes negociadoras.

### **3.2.2. La obligatoriedad de la negociación**

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

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

La jurisprudencia es clara al respecto de la obligatoriedad de la negociación para la Administración Pública en las materias contempladas como objeto de dicha negociación<sup>28</sup> y además insiste, con pleno acierto y confirmando que la negociación es algo más que la consulta, en que el trámite de negociación no podía sustituirse por el mero trámite de consulta a que antes aludía la LORAP<sup>29</sup>, sin que tampoco pueda admitirse como suficiente la consulta con muchos o todos los directamente afectados pero no con las organizaciones sindicales legitimadas, privándoles así de hacer observaciones, sugerencias y cuanto en definitiva es propio de un proceso de negociación<sup>30</sup>.

Por otro lado, la obligación de negociación no queda enervada por la autonomía reconocida a determinadas Administraciones, autonomía que conduce ciertamente a una potestad autoorganizativa que debe compaginarse con el respeto al marco legal establecido en materia de negociación colectiva<sup>31</sup>.

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

Es más, como la negociación es obligada y, como ya se dijo, sólo se admite como tal cuando se realiza por los cauces legales, en estos casos sólo se admite como válida la desarrollada en la Mesa correspondiente y debe hacerse con carácter previo y suficiente antelación a la adopción de cualquier disposición cuyo contenido deba someterse a negociación, sin que se entienda cumplimentada la obligación por una negociación en un ámbito distinto a la Mesa<sup>32</sup>, o realizada “a posteriori” o con una antelación tan escasa que la impida en la práctica y la convierta en algo meramente formal y sin sentido real<sup>33</sup>. Tampoco se considera cumplido el trámite con una mera notificación o comunicación de la posición de la Administración<sup>34</sup>.

La falta de negociación es un defecto insubsanable que conduce a la invalidez radical, a la nulidad de las actuaciones que omitan sujetarse a la misma<sup>35</sup>.

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

Toda la doctrina anterior es clara, pero deja la duda de lo que ocurre en la negociación prele-

gislativa, pues ¿qué ocurre si el órgano de gobierno no negocia previamente un proyecto de ley que debía haber negociado, lo remite al parlamento correspondiente y éste lo aprueba?

No hay respuestas claras para la cuestión y este es uno de los principales problemas en ese tipo de negociación: ¿Es inconstitucional la ley por vulnerar el derecho de negociación colectiva? ¿Puede entenderse sanada la omisión del trámite por la posterior aprobación parlamentaria? ¿Se puede exigir algún tipo de responsabilidad al órgano de gobierno respectivo?

### **3.2.3. La negociación conjunta para todos los empleados públicos**

La Mesa General de negociación Interadministraciones implica un ámbito conjunto de negociación para todos los empleados de las Administraciones Públicas; pues bien, esa solución se generaliza y se produce la consolidación de ese ámbito conjunto, lo que se concreta en la previsión de Mesas Generales conjuntas en las distintas administraciones (Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales).

En este ámbito se podrán negociar las materias comunes a todo ese personal (EBEP art. 36.3).

Es importante matizar el contenido de lo negociable en esta Mesa, sobre todo si queda fuera de la negociación un sindicato que en alguno de los respectivos ámbitos estaría legitimado para negociar al superar el 10% de representatividad, pero que no la alcanza en conjunto ni está en la Mesa General de Negociación Conjunta de todas las Administraciones, por lo que tampoco está en la Mesa conjunta en el ámbito respectivo, algo que, como se verá, puede suceder.

El EBEP alude a aquellas “materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral”.

Podría pensarse que ello sólo afecta, pues, a algunas cuestiones muy concretas en las que la regulación es prácticamente conjunta o coincidente como, por ejemplo, los temas de seguridad y salud laboral.

En este sentido parece claro que existe un núcleo esencial de materias que en el EBEP tienen una regulación general para todos los empleados públicos y que, por tanto, constituyen el ámbito objetivo natural de negociación en estas Mesas.

Dicho núcleo esencial comprendería el incremento de retribuciones en el ámbito respectivo, la seguridad y salud laboral, aspectos relativos a la formación continua y las cuestiones generales – no sus aspectos concretos, excluidos de la obligatoriedad de negociación – más vinculadas a la gestión de recursos humanos: planificación de estos recursos humanos, sistemas de clasificación, evaluación del desempeño y ofertas de empleo público y acceso al mismo.

Parece que en estas materia cabe, en general, una negociación conjunta, pero la misma no debe restringirse exclusivamente a esas únicas cuestiones.

Aunque las regulaciones legales de origen no sean exactamente coincidentes, en la medida en que ambas sean susceptibles de negociación, nada impide que se negocien en conjunto. Claro es, el resultado deberá respetar, en su caso, los mínimos fijados en cada regulación diferenciada, pero siempre que lo haga cabrá que una materia, que en origen contaba con regulación normativa diferente, quede regulada negocialmente de forma conjunta.

La negociación conjunta se puede extender así, sin dificultades, a prácticamente la totalidad de cuestiones relativas a las condiciones de trabajo: retribuciones complementarias, tiempo de trabajo, conciliación de la vida familiar y laboral, sistemas complementarios de protección social, etc.

Parece que hay partir de la posibilidad general de negociación conjunta y que sólo más excepcionalmente y en algún aspecto concreto puede quedar vedada la misma.

Es más, incluso pueden existir temas en los que quepa la negociación conjunta pero luego sea difícil llegar a una solución absolutamente unitaria. Tampoco en este caso es imposible la negociación conjunta. Nada impide que el resultado de esa negociación contenga peculiaridades para determinados colectivos o incluso aspectos de regulación específica para los funcionarios o laborales; es decir, la negociación conjunta se plasmará normalmente en una regulación idéntica para todos los colectivos específicos, pero no es imprescindible que ello se produzca en todas y cada una de las materias negociadas.

Incluso los acuerdos sobre la estructura negocial, posibles conforme al artículo 38.8 del EBEP, pueden articular también esta negociación conjunta, determinando, por ejemplo, en el ámbito de cada Administración los aspectos de una materia que se negociarán en conjunto y los mati-

ces específicos que deberán quedar para la negociación diferenciada en cada uno de los colectivos específicos.

Desde luego, la afirmación de que en alguna materia los derechos de alguno de los colectivos serán los reconocidos en la normativa funcionarial o en la laboral, no excluye por sí sola la posibilidad de negociación conjunta. Es cierto que en algún caso esa afirmación puede interpretarse en clave de imperatividad absoluta de lo regulado en la norma legal, en cuyo caso, no es que sería imposible la negociación conjunta, es que sería imposible cualquier negociación, pero en general esas afirmaciones lo que hacen es remitirse a una regulación de partida diferenciada, lo que no impide que, si la misma es susceptible de negociación – por ser norma dispositiva o por ser norma mínima –, se produzca una negociación conjunta.

No parece que pueda trazarse apriorísticamente un listado cerrado de materias negociables o no negociables en conjunto que tenga validez absoluta; esos listados, en todo caso, nos pueden revelar aquellas materias que son negociables en conjunto sin dificultad (por ejemplo ciertas cuestiones sindicales, de seguridad y salud laborales, etc.) y aquellas otras que, por el contrario, puede ser más difícil, aunque en la mayor parte de los casos no imposible, negociar en conjunto (como por ejemplo los complementos retributivos). Es claro, pese a todo, que en algún caso cabe identificar algunos aspectos innegociables en conjunto como, por citar un ejemplo bastante evidente, los relativos a la contratación laboral a los que se refiere el artículo 15 ET (duración del contrato eventual, identificación de trabajos susceptibles de ser atendidos con el contrato por obra, encadenamiento de contratos, orden de llamamiento de fijos discontinuos, etc.), pero esto es la excepción.

En todo caso, que una materia sea susceptible de negociación conjunta no quiere decir que efectivamente ésta se produzca y se obtenga un resultado positivo; conviene matizar, al respecto, que aunque la negociación conjunta sea posible en la mayor parte de las materias ello no obliga necesariamente a que la misma se produzca, correspondiendo a los acuerdos de articulación negocial – a los que se hizo referencia – o, en su defecto, al acuerdo de las partes en la propia Mesa determinar las materias que son objeto de regulación conjunta y aquellas otras que quedan para la negociación en las Mesas diferenciadas, entre las que se encontrarán, sin duda, todas las materias en las que no exista consenso para abordarlas en conjunto o, incluso, en las que no haya existido acuerdo en la Mesa conjunta, lo que no impide que se produzca acuerdo sólo para uno de los dos colectivos afectados, en atención, por ejemplo, a una situación de partida diferente.

Prescindiendo de la posible existencia de una Mesa general en la Comunidad Autónoma cuya regulación se atenderá, en su caso, a lo que en ese ámbito se establezca, en las Mesas a las que se refiere el EBEP la legitimación se regula expresamente.

La representación de la Administración es clara; corresponde a aquella Administración en cuyo ámbito se produce la negociación y lógicamente ella designa a todos los representantes.

En cuanto a la legitimación del lado social, rigen las reglas generales remitidas al ámbito correspondiente, negociando, pues, las organizaciones más representativas en el ámbito estatal y, en su caso (LOLS art. 7), también las más representativas en el ámbito de una Comunidad Autónoma y las suficientemente representativas (representatividad del 10% en el conjunto del empleo público en el ámbito afectado).

No se altera esta conclusión por la mención, en el artículo 36 EBEP, a que se aplicarán las reglas anteriores 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.

Esa mención es de plena aplicación sólo en dos aspectos:

1º) Para determinar que las organizaciones que entran a negociar por acreditar el 10% de representatividad, deben serlo por acreditar dicho porcentaje específicamente en el ámbito afectado por esta negociación, por lo que las que entraron por esa circunstancia en la Mesa general antes citada, no siendo en consecuencia organizaciones sindicales más representativas, no irradian su representación en los ámbitos concretos, salvo que concurra la circunstancia que luego se dirá, y

2º) Para distribuir los puestos en la Mesa entre las organizaciones sindicales con derecho de presencia en la misma; distribución que se producirá según la representatividad que alcance cada organización en el ámbito concreto afectado por la negociación.

En estas Mesas, además, aquellas organizaciones sindicales presentes en la Mesa general de todas las Administraciones que, aun no alcanzando el porcentaje del 10% en conjunto en el ám-

bito concreto, sí que hayan alcanzado al menos el 10% en uno sólo de los colectivos (funcionarios o laborales) en el ámbito al que se refiera la mesa (estatal, autonómico, local), también tienen derecho a estar presentes en la misma.

Otras organizaciones que puedan haber alcanzado el 10% pero solamente en un colectivo y no estén presentes en aquella Mesa general, quedan fuera de estas Mesas conjuntas, lo que plantea dudas sobre la constitucionalidad de la solución, porque puede darse el caso de que una organización con la misma o incluso mayor representatividad que otra en el ámbito concreto quede fuera, mientras que esa otra pueda participar en la Mesa, pese a su menor representatividad.

En todo caso, salvo declaración de inconstitucionalidad de la norma legal, que tampoco parece fácil, no cabe otra interpretación, lo que puede dejar fuera de esta negociación en ciertos ámbitos a sindicatos de profesión (bomberos, policía local, sanitarios).

Lo que sí es claro es que en modo alguno está prevista la presencia en estas Mesas de los Comités de empresa, Juntas de personal o Delegados de personal.

Las Juntas y Delegados de personal no tienen legitimación negocial. Los Comités de empresa sí pueden tenerla en el ámbito laboral, que reconoce una legitimación dual que parece crítica y disfuncional y que en este caso el EBEP excluye, legitimando exclusivamente a las opciones sindicales, sindicalizando la negociación como se avanzó, opción absolutamente legal y constitucional, tal como ya se razonó.

En cuanto a las candidaturas de no afiliados y coaliciones sindicales queda excluida la legitimación de las primeras y sujeta la segunda a que la coalición se hubiese formalizado antes de las elecciones, se hubiese concurrido a las mismas como tal coalición y a que ésta alcanzase por sí una representatividad en los términos exigidos (10%).

Por otro lado, los puestos en la Mesa se deben repartir proporcionalmente en atención a los representantes que acredite cada organización sindical en los términos antes citados. Por lo tanto, como ya se dijo, se miden en atención a la representatividad en el empleo público.

En todo caso los acuerdos entre los afectados o las normas de desarrollo reglamentario previstas en el artículo 35.4 del EBEP pueden clarificar la cuestión, pero la regla legal parece clara y su aplicación concreta, a falta de normas de desarrollo o acuerdo de los interesados y tal y como se ha resuelto en el ámbito laboral<sup>36</sup>, sería como a continuación se expone.

Se toman todos los representantes obtenidos en cada uno de los ámbitos, se suman y todos aquellos que alcancen el 10% de los mismos estarán en la mesa y con tantos puestos como les conceda su representatividad (por ejemplo 30 sobre 300, el 10%, 60 sobre 300 el 20%, etc.), matizada, en todo caso, por la obligación de presencia de las organizaciones sindicales más representativas y todos los sindicatos legitimados, por lo que puede ser que el ajuste no sea exacto sino aproximado.

Además, entran en el reparto de puestos en la mesa, aquellas organizaciones sindicales que, como ya se dijo, están en la Mesa General Conjunta de todas las Administraciones y tienen en el ámbito concreto del que se trate un 10% de representatividad o más, bien entre funcionarios o bien entre los laborales, pero no en conjunto. Esto fuerza a un segundo cálculo por separado para determinar si en algún sindicato concurre esta situación.

Todos los sindicatos legitimados, incluso estos últimos que no han llegado al 10% conjunto, tienen derecho de presencia en la mesa, por lo que el número de miembros de la misma tendrá que ser suficiente para así garantizarlo, siempre que sea posible.

Es muy posible que en el reparto de puestos se produzcan fracciones. Por ejemplo, puede ocurrir que a un sindicato le correspondan 2,6 puestos y a otro 1,4, y así sucesivamente.

También aquí los acuerdos y reglas de desarrollo pueden ofrecer soluciones, pero en caso contrario, partiendo de la presencia de al menos un representante de todos los legitimados, los restantes puestos se atribuirán por números enteros.

Los puestos que después de lo anterior sigan quedando sin asignar, se atribuirán por la regla de la fracción mayor, lo que puede conducir a situaciones no totalmente proporcionales.

### **3.2.4. La eficacia de lo negociado y la posibilidad de suspender su aplicación**

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

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

Desde esta perspectiva, desde luego, la negociación colectiva, aunque pueda no identificarse necesariamente con la producción de un convenio colectivo de eficacia inmediata, vinculante y general en su ámbito, similar al vigente en el ámbito laboral, es bastante más que una difusa participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, aludiendo expresamente el artículo 31.2 del EBEP al derecho “a negociar la determinación de las condiciones de trabajo”.

Es éste un elemento de reflexión, común a los Acuerdos, que debe orientar las consideraciones sobre la naturaleza jurídica y la eficacia de ambos instrumentos negociales.

#### 1º) La eficacia de los Pactos.

Claro es, si se comparte cuanto se ha dicho, debe admitirse una eficacia del Pacto ajustada a esa naturaleza jurídica, porque en caso contrario se produciría una disociación entre naturaleza y efectos de la misma difícilmente explicable.

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

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

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

Lo anterior lleva a cuestionarse si debe suscribirse un único texto o dos diferenciados, uno para funcionarios y otro para laborales.

Parece claro que debe estarse a lo primero; precisamente lo segundo, la existencia de dos textos distintos aunque con el mismo contenido, es lo que pretende evitarse con la posibilidad de negociación conjunta.

Así se deduce, además, del propio tenor legal que alude a los Pactos y Acuerdos que “contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral”. Se está aludiendo, pues, a un único instrumento que contiene regulaciones comunes y no a dos instrumentos diferentes.

En función de lo anterior puede existir – y de hecho eso es lo que se ajusta al tenor literal del precepto - un único texto, un único registro, una única publicación, incluso una única comisión de seguimiento, etc.

Lo anterior no impide que en su vigencia pueda haber incidencias diferenciadas.

En efecto, podría darse el caso de que el Pacto fuese legal para un colectivo, pero no para el otro; incluso cabe pensar en impugnaciones separadas, lo que no parece estar excluido por la norma: ante el orden social de la jurisdicción en cuanto convenio; ante el orden contencioso-administrativo en cuando Pacto para funcionarios.

Es posible que sólo se impugne en una vía o que se impugne por ambas y es posible que el resultado de la impugnación sea distinto en atención al colectivo afectado.

Puede existir un Pacto, por ejemplo, contrario a normas imperativas laborales pero no a las funcionariales, o a la inversa; en ese caso el contenido sólo sería ilegal para el colectivo de empleados en relación con el que implicase contravención de normas imperativas.

La eficacia dual conduce a esta relativa paradoja, comprensible por otro lado ante la doble eficacia del instrumento que se contempla. No es imposible, pues, que ese único texto devenga en inaplicable a sólo uno de los colectivos afectados.

En este caso siempre cabrá a las partes, pues no puede entenderse excluida esa posibilidad, una

renegociación *ante tempus* para ajustar lo acordado a los términos legales para ambos colectivos, manteniéndose así la uniformidad de regulación en relación con ambos. Incluso al respecto cabe establecer cláusulas de vinculación a la totalidad que conduzcan a esa renegociación si el Pacto conjunto no puede aplicarse a ambos colectivos; estas cláusulas, pese a que pueden provocar una aplicación conflictiva, son vinculantes para las partes y son una buena medida para defender la existencia de un texto único aplicable a todos los colectivos afectados.

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

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

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

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

Los Acuerdos son lo que no pueden ser los Pactos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por si lo anterior no fuera suficientemente explícito, las previsiones del EBEP sobre eficacia de los instrumentos negociados conjuntamente para todos los empleados públicos, laborales y funcionarios – ya reconocida legalmente con anterioridad conforme a la Ley 21/2006 –, y en cuanto a la posibilidad de fijar reglas sobre estructura de la negociación, concurrencia de negociaciones y criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras (EBEP art. 38.8 y 9), por citar sólo algunas de las previsiones relevantes al respecto, abundan en la solución de reconocer a los Acuerdos – también a los Pactos – una naturaleza de contrato colectivo normativo, similar a la del convenio colectivo laboral.

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

Establecido lo anterior, un problema adicional que no debe ignorarse es determinar hasta dónde llega la libertad de aprobación o desaprobación del Acuerdo por el órgano de gobierno respectivo.

Esa libertad queda limitada, una vez admitida la interpretación que se ha hecho, por dos circunstancias.

La primera, las exigencias de la buena fe, que es consustancial a cualquier procedimiento negociador y que ahora se reconoce expresamente como se ha visto (EBEP art. 34.7).

La segunda, la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, expresamente establecida en el artículo 9.3 CE.

Además, sobre ambas circunstancias juegan también otros dos elementos:

El primero, la obligación legal de negociar determinadas materias conforme al artículo 37 del EBEP y que responde al principio de que esta negociación es obligatoria, como expresamente regula la propia norma (EBEP art. 33.1) al establecer los principios a que se sujeta aquella. Esta obligación no puede convertirse en algo meramente formal, como ocurriría si se negociase por unos representantes sin capacidad real de llegar a ningún acuerdo o estando ya predeterminada la decisión de no asumir lo negociado por ellos, lo que sería un claro fraude a esa obligación legal de negociación.

El segundo elemento, muy relacionado con el que se acaba de exponer, es la posibilidad ya mencionada de que las instituciones de Gobierno respectivas, si encargan las negociaciones a órganos técnicos, fijen instrucciones para sus negociadores, instrucciones que, de ser seguidas y alcanzarse un Acuerdo respetuoso con las mismas, deberían en buena lógica llevar a su aprobación.

En atención a todas estas consideraciones, la libertad que en el ámbito laboral pudiera existir para no ratificar un preacuerdo, no sería tan amplia en el supuesto de la negociación en el ámbito funcional.

En ese sentido las posibilidades de no aprobar el Acuerdo alcanzado en la mesa quedarían limitadas y, en una interpretación razonable de cuanto se ha expuesto, esa desaprobación solamente sería posible si:

- Los negociadores no se atuvieron a las instrucciones recibidas (EBEP art. 33.2).
- Si existen problemas de legalidad en el Acuerdo alcanzado en aplicación del principio de legalidad y lo mismo cuando existan problemas de cobertura presupuestaria (EBEP, art. 33.1).
- Si se ha producido un cambio de circunstancias que justifique disentir de lo acordado por superiores razones de interés general, en aplicación analógica de lo dispuesto para los Acuerdos vigentes (EBEP art. 38.10).

Fuera de estas cuestiones se hace difícil encontrar una razón, que no fuese arbitraria o contra-

ria a la buena fe negocial, para disentir de lo acordado por los representantes de la Administración.

Así pues, establecer estos límites a la libertad de aprobación del Acuerdo, parece la interpretación más coherente con las previsiones negociales del EBEP si es que se quiere asumir, en una dimensión adecuada, el reconocimiento del derecho de negociación colectiva.

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

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

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

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

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

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

3º) La posibilidad de suspensión o modificación unilateral del Pacto o Acuerdo. Pese a que el Pacto o el Acuerdo es plenamente vinculante, en la medida que estamos en negociaciones en el ámbito público cabe una posibilidad excepcional de suspensión o modificación del mismo. Ésta se produce a iniciativa de la Administración y excepcionalmente; en concreto, se admite cuando una causa grave de interés público, derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, lo justifique a criterio de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas (EBEP art. 38.10).

Aunque la decisión inicial corresponde a la Administración afectada por el Pacto siempre podrá comprobarse judicialmente si concurren las indicadas circunstancias, además de que el EBEP tampoco permite a esos órganos de gobierno cualquier actuación cuando concurren aquellas causas, sino sólo las que se puedan entender como estrictamente necesarias para salvaguardar el interés público, lo que permite que también este aspecto pueda controlarse judicialmente. La posibilidad, pues, es ciertamente excepcional y residual, aunque ya se ha utilizado en materia de Acuerdos en relación con el régimen retributivo para el año 2010.

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

Ahora bien, esta facultad está recogida en la norma legal como un supuesto excepcional y en relación con la misma debe tenerse en cuenta:

a) Que no existe una previsión similar en relación con la negociación colectiva laboral; además, en dicho ámbito, la regulación de una posibilidad igual supondría incidir en un aspecto esencial del derecho de negociación colectiva y, por ende del derecho de libertad sindical, la vincu-

lación de los convenios algo que precisamente la Constitución encarga a la ley garantizar.

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

c) Precisamente por ello la norma legal contempla la medida como una actuación reglamentaria, sujeta, en consecuencia, a un adecuado control judicial. La utilización de normas con rango legal amparadas en esta misma finalidad puede suponer hacer ineficaz el control judicial, al derivar la única posibilidad de cuestionar la medida a la interpretación de constitucionalidad, privando así de la tutela judicial efectiva que resulta consustancial con la posibilidad.

4º) La específica eficacia de los Acuerdos en materias sujetas a reserva de ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Conviene aquí hacer dos matizaciones.

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

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

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

Así se había interpretado ya en relación con la LORAP, señalando que lo único que existía era una obligación de negociación previa.

En este sentido las sentencias que se han pronunciado sobre la omisión de trámites de negociación obligatoria se han referido, por razones obvias, a la elaboración de disposiciones reglamentarias, pero en todas ellas es claro que se parte del carácter imperativo de la obligación de negociar que se desprendía del artículo 32 LORAP y hoy se mantiene; por tanto, cualquier disposición en la que se omitía el correspondiente trámite negociador previa se consideraba elaborada en forma incorrecta y viciada de nulidad<sup>37</sup>. Si bien, como es claro, la obligación es someterse a una negociación, pero en ella nada impone, por otra parte, alcanzar acuerdos<sup>38</sup>, por lo que no existe vicio de nulidad si finalizada la negociación sin acuerdo la Administración remite unilateralmente el proyecto de ley en los términos que ella considere convenientes.

El carácter prelegislativo de esta negociación se reforzó con las interpretaciones jurisprudenciales<sup>39</sup> que han insistido en la imposibilidad de la vinculación de los órganos legislativos a los pactos sobre incrementos presupuestarios, que han dado un carácter muy formal a esta negociación, permitiendo que se entienda cumplida con un trámite casi de consulta (exposición de las posturas, acreditación del desacuerdo y recuperación de la libertad de decisión gubernamental), y que han resaltado que la negociación sobre el incremento salarial es de carácter anual, si bien algunos de estos aspectos posiblemente deberían reconsiderarse al amparo del EBEP, especialmente en cuanto al carácter tan simple que se le daba al concepto de negociación, que la desvirtuaba y olvidaba que era bastante más que una mera consulta, y al carácter anual de la negociación, que no se establece en la actualidad en el artículo 36.2 del citado EBEP y que ya no tiene sentido, especialmente en atención a la posibilidad ya comentada de suspensión o modificación de lo acordado pues, en virtud de ella, aunque se haya acordado un incremento plurianual, si cambian las circunstancias económicas en los términos analizados, el órgano de gobierno pueden desvincularse del incremento pactado para alguna anualidad en aras a la defensa del interés público que se concretará en este sentido en la presentación de una norma presupuestaria ajustada a la nueva situación económica.

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

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

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

Por otro lado, si no se ratifica un Acuerdo adoptado en esta negociación prelegislativa o hay una negativa expresa a incorporar su contenido en el proyecto de ley, el EBEP contempla otro efecto jurídico, la obligación de reiniciar la negociación en el plazo máximo de un mes, siempre que esa reanudación de negociaciones se pida por la mayoría de alguna de las partes negociadoras (EBEP art. 38.3).

### **3.2.5. Solución extrajudicial de conflictos**

Lógicamente las relaciones de empleo en el ámbito público dan lugar a numerosos conflictos entre la Administración empleadora y sus trabajadores, ya sean estos funcionarios o laborales.

Dichos conflictos generalmente encuentran cauce de solución en muchos casos a través de los órganos judiciales y en cuanto a los tipos de conflictividad cabe señalar que son muy parecidos, por no decir iguales a los que en el ámbito privado se dan: conflictos de intereses o jurídicos, conflictos colectivos e individuales, conflictos de ruptura de la negociación y de interpretación y aplicación de lo pactado, etc.

Al igual que en el ámbito privado la solución extrajudicial se ha ido abriendo paso, también en el ámbito del empleo público ha empezado a extenderse la sensación de que la solución extrajudicial podría encontrar sentido en numerosos conflictos y presentar ventajas sobre la solución judicial o la decisión unilateral de la Administración empleadora.

Ello ha hecho que el EBEP contuviese unas previsiones al respecto en su artículo 45, que son las que seguidamente analizaré, tanto en lo que afecta a las posibilidades que de las mismas derivan, como en relación a la posible concreción en la práctica de esas posibilidades.

Antes de hacerlo conviene introducir dos precisiones:

1ª) Ya en algunos ámbitos ciertos conflictos colectivos relativos al personal laboral de algunas Administraciones Públicas se resolvían en los organismos de solución extrajudicial. En realidad podía entenderse que existía cobertura para ello en el art. 91 del ET pues, en esos supuestos, la Administración actúa conforme al ordenamiento laboral, aunque con la específica posición que le da su carácter público que la sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, etc.

2ª) Otra parte de lo que económicamente puede considerarse sector público está ya incluida, sin duda, en el ámbito de los organismos de solución extrajudicial creados al amparo del art. 91 del ET y en este caso sin problemas. Se trata de lo que podríamos denominar el sector público empresarial, es decir el conjunto de empresas y entidades que, aunque hayan sido creadas por una o varias Administraciones Públicas, actúan como entes con personalidad propia, muchas veces como sociedades mercantiles, y se sujetan en su actuación al ordenamiento privado. Estas empresas y entidades quedan vinculadas por los Acuerdos ya suscritos y en concreto por el ASEC y los respectivos ASEC de las Comunidades Autónomas.

Cuestión distinta en relación con estas entidades y empresas es si los mismos les son directamente aplicables. Al respecto, como se sabe, hay dos tipos de ASEC, los que requieren un acto posterior de ratificación y adhesión – que es lo más extendido – y los que tienen ya eficacia inmediata.

En relación con estos últimos, es evidente que su eficacia alcanza a este sector público empresarial que queda obligado a la solución extrajudicial en los términos del Acuerdo.

En cuanto a los primeros, esto es, a los que requieren ratificación o adhesión, la aplicabilidad dependerá de que se haya producido la misma o no. En ese sentido, si la empresa o entidad cuenta con convenio propio, el instrumento de ratificación o adhesión debería haber sido un pacto, normalmente incluido en el propio convenio. Si la empresa o entidad no cuenta con convenio propio se le aplicará la solución que sectorialmente se haya establecido, esto es, si el sector ha ratificado la aplicación del ASEC estatal o de comunidad autónoma, esa ratificación vincula también a la empresa o entidad en cuestión; por el contrario, si el sector no ha ratificado la aplicación del Acuerdo correspondiente y tampoco se hace mediante un pacto específico en la empresa, éste no vinculará hasta que dicha ratificación se produzca.

En el caso de que el ASEC resulte aplicable, lo será en los términos actualmente establecidos – mediación obligatoria y arbitraje voluntario – y conforme a las previsiones legales en cuanto a supuestos específicos (descuelgues de convenios estatutarios).

Hechas estas precisiones conviene, pues, analizar lo que sigue en relación con el sector público en sentido estricto, esto es, con el personal laboral y funcionario al servicio de las Administraciones Públicas y entidades creadas por las mismas y sujetas en su funcionamiento a un régimen de derecho público en cuanto a las relaciones con sus empleados (por ejemplo, personal estatutario de las instituciones sanitarias).

El EBEP parece establecer sus previsiones en relación especialmente con los conflictos colectivos derivados de los desacuerdos en los procedimientos negociales y de los problemas de interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos.

Ese sería, pues, el ámbito objetivo sobre el que legalmente se proyecta la posibilidad de solución extrajudicial de los conflictos en el ámbito del empleo público.

Este ámbito no podría desbordarse en atención, entre otras razones, a la vinculación al principio de legalidad en la actuación de los poderes públicos, conviene pues analizar los conflictos que podrían quedar dentro de este marco.

Así podemos enumerar los siguientes conflictos:

1º) La solución de los desacuerdos en los procesos de negociación colectiva

Lógicamente los procesos negociales en el ámbito de la función pública, al igual que en el ámbito privado, pueden acabar sin acuerdo.

A diferencia de ese ámbito privado en el que ninguna parte puede imponer a la otra la regulación de las condiciones, más allá de lo que esté previsto en las normas legales y en su desarrollo reglamentario, en el ámbito de la función pública la Administración recupera, ante el desacuerdo, sus prerrogativas como tal y su superioridad sobre los particulares; en concreto,

recupera su capacidad para regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos salvo, claro es, que hubiese alguna disposición en el Pacto o Acuerdo anterior al respecto que, por ejemplo, prorrogue la vigencia del mismo hasta que se alcance un nuevo acuerdo, en cuyo caso a ella habría que estar.

En estas situaciones, la recuperación unilateral de la capacidad de regulación administrativa no es congruente con las disposiciones de los artículos 7 y 8 del Convenio 151 de la OIT y las de los artículos 5 y 6 del Convenio 154 de la OIT, bien que este último, ciertamente, en su artículo 1.3 prevé que se puedan establecer a nivel nacional peculiaridades en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Era preciso que se estableciese alguna salvedad que limitase la actuación unilateral; eso es lo que precisamente hace el EBEP que prevé en su artículo 45 la creación convencional de sistemas de solución extrajudicial de los conflictos derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos en relación con todas las materias objeto de negociación salvo, lógicamente, las que cuenten con reserva legal, aunque, en la medida que sí que es negociable el proyecto de ley que en relación con ellas pueda remitirse parece que, salvo en aquellas materias que están expresamente excluidas de la posibilidad de negociación, nada impide la solución extrajudicial en aspectos que luego deban regularse legalmente, solución que versará exclusivamente, eso sí, sobre la propuesta legislativa que en su caso deba realizarse.

Cabe entender, pues, que todos los conflictos derivados de la ruptura de las negociaciones de Pactos y Acuerdos son objeto de los sistemas de solución extrajudicial en el ámbito del empleo público.

#### 2º) La interpretación de los Pactos y Acuerdos.

La interpretación de los Pactos y Acuerdos puede efectuarse de muchas formas, desde una reclamación individual, que conducirá a que, para un supuesto concreto, se interprete de un determinado modo el texto convenido, hasta la propia utilización de los sistemas de solución extrajudicial a los que se acaba de hacer mención.

El EBEP afecta a dos posibilidades de interpretación: la interpretación interna mediante las comisiones paritarias de seguimiento y la solución extrajudicial.

En cuanto a la solución extrajudicial, baste señalar que normativamente se contempla que los procedimientos de solución extrajudicial, concretamente de mediación y arbitraje (EBEP art. 45), puedan solucionar, no sólo los conflictos de negociación a los que ya se hizo referencia, sino también los de aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, equiparando las soluciones a la eficacia de éstos siempre que se hubiesen respetado las respectivas reglas de legitimación, por lo que en realidad en estos procedimientos, como regla general y en atención a que debe buscarse esa solución general, tendrán que estar presentes, o al menos ser llamados, todos los sujetos con legitimación negocial en el ámbito del conflicto.

El precepto determina también las posibilidades de impugnación contra las soluciones que se produzcan en estos procedimientos extrajudiciales, incluso permitiendo un control relativo de fondo sobre la solución obtenida en sede extrajudicial, pues entre los motivos de impugnación se incluye la ilegalidad de la misma.

Se puede apreciar que el ámbito normal de actuación de estos procedimientos de solución extrajudicial es la conflictividad que gira en torno a la negociación colectiva (inexistencia de acuerdo, problemas de aplicación, problemas de interpretación). En general se aprecia, también, que se está pensando esencialmente en la conflictividad colectiva.

#### 3º) La exclusión de los conflictos individuales.

Como se acaba de decir, toda la regulación del EBEP está pensada para los conflictos colectivos.

Las cuestiones individuales están sujetas a trámites administrativos específicos (reclamación previa para el personal laboral, recursos administrativos para el personal funcional). En la medida que nada se dice acerca de la posible sustitución de esos trámites administrativos, parece claro que no se contempla la solución de estos conflictos individuales, lo que parece acertado, al menos en un primer momento, por el número y diversidad de los mismos que podría hacer inviable su gestión por un organismo de solución extrajudicial.

En la medida que los trámites o recursos administrativos específicos no se sustituyan – lo que el EBEP posiblemente podía haber hecho, pero no lo ha hecho (recuérdese que la vigente regulación del procedimiento administrativo permite la sustitución de algún recurso por el acogimiento a órganos incluso arbitrales), no parece lógico que se añada a los mismos un intento de solución extrajudicial.

Puede decirse, pues, que conforme al EBEP y por el momento los conflictos individuales están fuera de las previsiones legales acerca de la solución extrajudicial de los conflictos de los empleados públicos.

4º) El papel reservado a las comisiones paritarias o de seguimiento en relación con los conflictos sujetos a solución extrajudicial.

Que se prevea la solución extrajudicial de los conflictos de interpretación y aplicación, no quiere decir que se prive de esta función a las comisiones paritarias o de seguimiento o que se disminuya o minusvalore su importancia.

Al contrario, el artículo 38.5 del EBEP prevé la posibilidad de que las partes firmantes de los Pactos y Acuerdos establezcan comisiones de seguimiento de los mismos.

La composición de estas comisiones y sus funciones quedan indeterminadas en la norma, que simplemente alude a ellas, señalando que serán paritarias y que su composición y funciones serán las que decidan las partes negociadoras.

En cualquier caso parece claro que resulta aplicable la doctrina establecida en materia laboral acerca de la diferenciación entre comisiones de seguimiento y comisiones negociadoras, entendiendo que en las primeras sólo tienen derecho a estar presentes los sindicatos que han negociado y firmado el Acuerdo o el Pacto, conclusión que, por supuesto, es la que habría que tener en cuenta en materia de comisiones paritarias en el ámbito laboral.

Debe destacarse, pues, que no todos los sindicatos legitimados para estar en la Mesa estarán, en su caso, en estas comisiones, sino solamente los firmantes del Acuerdo.

Teniendo en cuenta cuanto se acaba de exponer, corresponde a las partes fijar la concreta composición de la comisión y el reparto de puestos en la misma, que deberá responder a criterios de proporcionalidad o razonables, pues incluso en relación con cualquier tipo de comisiones se ha establecido, con acierto, el criterio de que el respeto a la libertad sindical, al principio de no discriminación, y podría añadirse que la interdicción de la arbitrariedad, obligan a que su composición responda a criterios de “objetividad, adecuación, razonabilidad y proporcionalidad”<sup>40</sup>. Así pues, no sólo deberá respetarse el derecho a formar parte de todos los sindicatos firmantes del Pacto o Acuerdo, sino que la distribución de puestos entre los mismos deberá responder a esos criterios razonables y de proporcionalidad mencionados.

En cuanto a las funciones, pueden ser muy variadas: estudio de temas, preparación de futuras negociaciones, recomendaciones, etc. pero, además, pueden realizar actuaciones interpretativas y en orden a la eficacia de lo pactado, tal como ocurre con las comisiones paritarias de los convenios, pues no parece difícil incardinar dichas funciones en el seguimiento de lo pactado y está expresamente prevista en el art. 45 del EBEP.

La duda no está, pues, en cuanto a los límites de sus funciones, sino en la determinación de la eficacia que pueda atribuirse a esas actuaciones relativas a la interpretación y aplicación de lo pactado.

Sin duda al respecto hay que remitirse, en primer lugar, a lo negociado, admitiendo que, si así se ha acordado, esas actuaciones interpretativas o de seguimiento pasen a formar parte del Pacto o Acuerdo o gocen de la misma eficacia que éste.

Claro es, ello en materia de Pactos no plantea especiales problemas, pero en materia de Acuerdos suscita la duda de si el órgano de gobierno tiene también reservada la facultad de aprobación del acuerdo de la comisión de seguimiento.

A este respecto nuevamente hay que remitirse a lo pactado y no parece imposible admitir que, si así se acordó y fue ratificado por el correspondiente órgano de gobierno al aprobar el Acuerdo, pueda prescindirse del acto de ratificación siempre, claro es, que la actuación de la comisión de seguimiento se atenga a sus funciones (interpretativas y de seguimiento) y no altere los términos del Acuerdo.

Por lo demás, nada impide que las partes atribuyan en sus Acuerdos o Pactos otras funciones

a estas comisiones, lo que es perfectamente negociable<sup>41</sup>.

Al margen de este papel reservado a las Comisiones de seguimiento y volviendo a la solución extrajudicial el EBEP alude a procedimientos de mediación, obligatoria a petición de una de las partes, y de arbitraje voluntario, atribuyéndose a los acuerdos en mediación y a los laudos arbitrales la eficacia propia de los Pactos y Acuerdos, sujeta, claro está, a los requisitos de legitimación correspondientes y permitiéndose su impugnación, determinándose expresamente que cabrá recurso contra el laudo cuando no observe los requisitos y formalidades de procedimiento establecidos – aunque deberá cometerse una infracción grave de ellos –, o cuando la resolución verse sobre puntos no sometidos a arbitraje o contradiga la legalidad vigente.

Puede verse que esta regulación es, como por otra parte cabía esperar, relativamente similar a la que en el ámbito laboral se contempla en el artículo 91 ET y que permite un recurso relativamente amplio contra el posible laudo.

La previsión se completa, con pleno acierto, con la afirmación de que la recuperación de la capacidad de regulación unilateral por la Administración se producirá solamente tras el agotamiento, en su caso, de los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos y a salvo de lo dispuesto en materia de prórroga de los Pactos y Acuerdos, en los términos ya analizados.

### **3.3. En materia de derecho de huelga**

#### **3.3.1. La garantía de los servicios esenciales para la Comunidad**

El artículo 15 reconoce, tal como se dijo, el derecho de huelga, condicionado a garantizar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, en coherencia con el matiz que en sentido idéntico establece el artículo 28.2 CE.

El Estatuto Básico, como es lógico y en atención a la exigencia de ley orgánica para la regulación del derecho de huelga, nada más regula al respecto, salvo los aspectos disciplinarios y, en consecuencia, seguimos sin regulación posterior a la Constitución del derecho de huelga, lo que por cierto, en el ámbito de los empleados públicos, tanto laborales como funcionarios, plantea una situación altamente insatisfactoria.

En efecto, en la huelga de los empleados públicos es muy fácil que se considere que quedan afectados servicios esenciales para la comunidad y, por lo tanto, que se entienda que la huelga no puede ser total, en la medida en que deben quedar salvaguardados los intereses de la comunidad<sup>42</sup>.

Es claro que no sólo en el empleo público tiene juego la previsión del artículo 28.2 CE, en cuanto al mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, pero sí que muy normalmente en las huelgas de estos empleados va a tener que tomarse en consideración esa previsión y de hecho son numerosas las actividades públicas que, a través de los correspondientes Decretos, han sido consideradas como esenciales para la comunidad, incluso muy posiblemente con exceso sobre lo que realmente debería haberse considerado así.

Ahora bien, el problema central no aparece en la calificación de un servicio como esencial, sino en la determinación “a posteriori”, en cada huelga en concreto, del nivel de mantenimiento del servicio que debe establecerse, lo que generalmente se realiza a través de la aplicación de servicios mínimos.

Con cierta frecuencia se observa la preocupación por el hecho de que se cumplan los servicios mínimos decretados lo que, desde el punto de vista de los usuarios, de los ciudadanos, puede ser un aspecto importante en huelgas muy concretas, muy localizadas y que a veces presentan algún matiz corporativo y poco solidario, pero estos casos, pese a lo llamativos que puedan resultar, son los menos y tienen solución clara; si el servicio era esencial, los servicios mínimos establecidos razonables, el incumplimiento patente y la lesión a los legítimos intereses de los ciudadanos manifiesta, la Administración tiene suficientes potestades para sancionar las conductas infractoras con el rigor necesario<sup>43</sup>.

El problema más complejo de resolver es el exceso en la fijación de servicios mínimos y la falta de respuesta jurídica adecuada que en muchos casos existe frente a esta situación. En efecto, el sistema de fijación de servicios mínimos por la autoridad gubernativa, como claramente se desprende del artículo 10 del RDLRT, está basado en la imparcialidad de esta autoridad gubernativa que actúa, en el hipotético supuesto para el que se pensó ese artículo, en huelgas producidas, no en el empleo público, sino en el marco de empresas privadas que gestionan la prestación de servicios públicos o de reconocida o inaplazable necesidad y ante la concurrencia de

circunstancias de especial gravedad. No es exactamente el supuesto equivalente al artículo 28.2 CE, pero tampoco cabe suponer que este precepto constitucional estuviese pensando que el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad debía conducir, necesariamente, a la fijación de servicios mínimos.

De este modo, la aplicación de este mecanismo de fijación gubernativa de servicios mínimos encuentra sentido en la imparcialidad de la autoridad que los establece<sup>44</sup>, que en principio es ajena a las partes en conflicto, y ello es así en las huelgas en el sector privado, aunque motivos extra jurídicos pueden llevar a que pese más el obtener una relativa normalidad en el funcionamiento de los servicios esenciales – y a veces no tan esenciales – para la comunidad, que el respeto suficiente al derecho de huelga de los trabajadores interesados. Ahora bien, si, además de lo anterior, la huelga se efectúa como elemento de presión frente a una Administración Pública, la imparcialidad de la autoridad gubernativa, aunque jurídicamente subsista, puede quedar en la realidad fáctica mucho más cuestionada. El elemento esencial para entender que en estos casos se respeta el derecho de huelga está en que la resolución gubernativa alcance un punto de equilibrio, mantenga la proporcionalidad entre la limitación del derecho de huelga y las perturbaciones que debe sufrir la comunidad para que aquella no pierda el elemento de presión que le es consustancial.

### **3.3.2. La tutela del derecho de huelga**

La imparcialidad de la autoridad debería ser la primera garantía pero, cuando puede dudarse de aquella, encontrar un sistema de determinación imparcial de los servicios que deben mantenerse o, cuando menos, un sistema de control externo, rápido y eficaz de las decisiones que al respecto puedan tomarse, se convierte en el elemento esencial para que el derecho de huelga de los empleados públicos – y no sólo de ellos – no quede seriamente lesionado en las situaciones que se comentan.

El propio Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de llamar la atención sobre la necesidad de que se estableciese un sistema de control judicial eficaz sobre las decisiones gubernativas en la materia, control que debería ser previo e inmediato, para garantizar, no sólo el derecho de huelga, sino también la efectividad de las garantías que en su caso pudieran considerarse adecuadas, sin que pueda entenderse que cumple esas finalidades un control judicial que habitualmente se produce mucho tiempo después de la huelga y que, en consecuencia, conduce a una decisión que carece de efecto práctico alguno sobre la huelga ya realizada o sus consecuencias<sup>45</sup>.

Como quiera que el control jurisdiccional, que hasta ahora está establecido ante el orden contencioso-administrativo, generalmente es tardío, cabría estudiar otras alternativas como, por ejemplo, la posible introducción de procedimientos arbitrales que garantizarían más la imparcialidad de la decisión o, cuando menos, el reforzamiento del control judicial sobre las decisiones gubernativas mediante el establecimiento de un procedimiento de pronunciamiento inmediato y siempre previo a la huelga, similar al que existe en garantía del derecho de reunión<sup>46</sup>, pues el previsto en la jurisdicción contencioso-administrativa para la protección de los derechos fundamentales no resulta suficientemente ágil al respecto.

Hasta que cualquiera de estas soluciones se adopte, es evidente que hay que conseguir la máxima efectividad del control judicial y ello pasa por:

1º) Utilizar en grado suficiente las medidas cautelares para, en su caso, dejar sin efecto total o parcialmente, de modo provisional, las medidas acordadas<sup>47</sup>.

En este sentido, aunque no se utilice el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, no debería existir en esta materia una interpretación restrictiva de las posibles medidas cautelares que permiten los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. A cuyo efecto es bueno recordar, incluso, que razones de urgencia pueden llevar a que las medidas cautelares se adopten en un primer momento hasta sin oír a la otra parte, sin perjuicio de la convocatoria a una comparecencia urgente – en 3 días – para resolver sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada (art. 135 de la Ley 29/1998).

2º) Reconocer, de manera adecuada, el derecho a indemnización en los casos en que se acredite que el exceso en las medidas gubernativas adoptadas ha lesionado el derecho de huelga<sup>48</sup>.

Al respecto debe admitirse que existe una doble lesión y que por lo tanto cada una de ellas puede ser objeto de reparación. Una, la del sindicato convocante, que ha visto, en su caso, perjudicada la eficacia de la huelga convocada; otra, la del trabajador con derecho a sumarse a una huelga y al que se le ha impedido imponiéndole un servicio mínimo excesivo e ilegal.

No debe, pues, reducirse la posibilidad indemnizatoria a los supuestos en que algún trabajador individualmente la reclame, pues también el sindicato convocante sale lesionado en sus derechos por una abusiva imposición de servicios mínimos, si bien es claro que el sindicato puede reclamar sólo la que a él le corresponda, pues la que pueda reconocerse a favor de los trabajadores individualmente lesionados debe ser reclamada, en su caso, por los mismos<sup>49</sup>.

3º) Interpretar que las garantías a establecer son sólo aquellas que sean imprescindibles para que no resulten desproporcionadamente lesionados los bienes y derechos constitucionales de los ciudadanos, a cuya satisfacción va destinado el servicio esencial que se ve afectado por la huelga.

En este sentido, no creo que lo que la Constitución llama a proteger sea que necesariamente ese servicio funcione si esos bienes o derechos constitucionales quedan garantizados de otro modo. No es la normalidad lo que ha de garantizarse, sino que la situación no llegue a una anormalidad tal que se lesionen otros bienes o derechos constitucionales.

4º) En atención a lo anterior hay que ser extremadamente rigurosos en la exigencia de que las medidas establecidas se ajusten a todo lo que legalmente parece imprescindible para que sea posible la limitación de un derecho fundamental.

Al respecto, asumiendo el resumen que al respecto se ha realizado jurisprudencialmente<sup>50</sup>, debería, cuando menos, tomarse en consideración todo lo siguiente:

- Que no necesariamente cualquier huelga en un servicio público obliga a garantizar servicios esenciales.
- Que debe existir una adecuación o proporcionalidad entre los servicios impuestos y la limitación que implican del derecho de huelga y las molestias que razonablemente debe soportar la comunidad. Lo anterior exige valorar la situación en cada huelga, sin que sea posible fijar servicios mínimos genéricos o sin atender a las circunstancias concretas que en cada caso concurren<sup>51</sup>.
- Que debe existir una suficiente y adecuada motivación de la decisión gubernativa<sup>52</sup>, en la óptica además que se ha mencionado, esto es, explicativa de las razones por las que son imprescindibles las medidas adoptadas, sobre todo si hay medios alternativos que permiten satisfacer el derecho de los ciudadanos que se pretende proteger. Además de que la prueba de las razones que existen para limitar el derecho de huelga corresponde a la propia autoridad gubernativa que introduce las limitaciones<sup>53</sup> y de que las razones alegadas y probadas han de ser concretas y relacionarse directamente con los servicios y personas afectadas, tomando en cuenta las circunstancias específicas de cada huelga (duración, coincidencia con otras, etc.)<sup>54</sup>.

Finalmente, creo que habría que tomar en consideración que la reiteración en el exceso de la determinación de los servicios mínimos, con desconocimiento incluso de los precedentes judiciales en la materia, debería merecer un adecuado reproche judicial, incluso en el ámbito penal pues raya, sino incide directamente, en la prevaricación.

Bien, hasta aquí este repaso, en el que sin duda, otras muchas cuestiones se omiten, pero que permite una aproximación, siquiera inicial, a alguno de los problemas esenciales que plantean los derechos colectivos de los empleados públicos. ♦

<sup>1</sup> No por supuesto fuera de ellos, donde no existe esa limitación como señala STC 101/1991, de 13 de mayo (BOE 18-6).

<sup>2</sup> STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 21-4).

- <sup>3</sup> Opción que se declaró ajustada a la Constitución en la STC 98/85, de 29 de julio (BOE 4-8) que resolvió el recurso formulado contra la LOLS, FJ 1.
- <sup>4</sup> De lo contrario habría que concluir que la huelga de funcionarios sería una huelga privilegiada, que puede incluso dañar servicios esenciales para la comunidad más allá de lo admisible, lo que, en principio, no parece lógico, como ya razonó STS de 25-11-85, Ar/5675. Normalmente las sentencias citadas son del orden contencioso-administrativo, en caso contrario generalmente se indicará el orden del que proceden.
- <sup>5</sup> STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25-4), FJ 13<sup>o</sup>. Lo que se reiteró en alguna otra sentencia, como, por ejemplo, la STC 90/1984, de 5 de octubre (BOE 31-10), que declaró no aplicables las reglas sobre pérdida de retribuciones establecidas en el art. 6.2 RDLRT a los funcionarios.
- <sup>6</sup> Por todas, SSTS (Social) 19-4-91 y 17-6-91, Ar/ 5149 y 6238.
- <sup>7</sup> Por ejemplo, STC 9/1988, de 25 de enero (BOE 5-2), FJ 2<sup>o</sup>, llegando a señalar que dichos derechos, junto a la de incoación, de conflictos constituyen un núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical.
- <sup>8</sup> Al respecto STC 57/1982, de 27 de julio (BOE 18-8), FJ 9. No obstante, esta sentencia debe ser examinada en su contexto, anterior a la LOLS y, sobre todo, anterior a la ratificación por España del Convenio 151 OIT, sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, que se alegó y el propio TC admite que no puede ser objeto de examen al no haber sido ratificado por España, lo que se produjo en 1984, por instrumento publicado en el BOE de 12-12-84. Tampoco lógicamente se valoró el convenio OIT 154, sobre el fomento de la negociación colectiva, ratificado por instrumento publicado el 9-11-1985.
- <sup>9</sup> Véase al respecto, por ejemplo, comentando como dicha ley ha venido a superar la situación anterior que fue la que interpretó la ya citada STC 57/1982, STS 30-5-92, Ar/4454.
- <sup>10</sup> Por todas STS 19-5-95, Ar/4277.
- <sup>11</sup> STC 80/2000, de 27 de marzo (BOE 4-5), FJ 6, lo que entre otras cosas puede permitir tutelar el citado derecho en los términos legalmente establecidos como si de tutela de la libertad sindical se tratase. En el mismo sentido de constituir contenido adicional del citado derecho, véase, entre otras, STS 19-5-95, Ar/4277
- <sup>12</sup> Por todas SSTS 29-6-92 y 30-10-92, Ar/ 5195 y 8397; 18-3-93 y 22-3-93, Ar/2074 y 2116; 6-6-94 , 16-6-94, 30-6-94 y 2-11-94, Ar/5108 , 5289, 5203 y 8764, entre otras.
- <sup>13</sup> Para su estudio global, entre otros, Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, y Baylos Grau, A, *Sindicalismo y Derecho Sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004.
- <sup>14</sup> Al respecto Gómez Caballero, P. *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, CES, Madrid, 1994, p. 153 y siguientes.
- <sup>15</sup> SSTC, entre otras, 38/1981, de 23 de noviembre; 74/1998, de 31 de marzo; 173/2001, de 26 de julio; 79/2004, de 5 de mayo; 17/2005, de 1 de febrero; 216/2005, de 12 de septiembre, etc.
- <sup>16</sup> SSTC 38/1981, de 23 de noviembre; 21/1992, de 14 de febrero; 136/1996, de 23 de julio; 29/2002, de 11 de febrero; 216/2005, de 12 de septiembre, etc.
- <sup>17</sup> Por todas SSTC 17/1996, de 7 de febrero; 202/1997, de 25 de noviembre; 29/2000, de 31 de enero, etc.
- <sup>18</sup> Baylos Grau, A. *Sindicalismo y Derecho Sindical*, op. cit. pág. 46.
- <sup>19</sup> Como señala Agut García, C., *La sección sindical*, Bomarzo, Albacete, 2004, pág. 13, con cita de numerosa doctrina del Tribunal Constitucional a la que remito. Pueden destacarse al respecto, a título de ejemplo, SSTC 61/89, de 3 de abril; 208/93, de 28 de junio; 121/01, de 4 de junio, etc.
- <sup>20</sup> Que es lugar común en la doctrina que se ocupa de la cuestión; pudiendo verse a título de ejemplo además de los dos autores citados en las notas precedentes: Luján Alcaraz, J. *La acción sindical en la empresa*, CES, Madrid, 2003, págs. 105 y siguientes – quien dirá que aunque pueda calificarse de algo artificiosa la construcción que reconoce esa naturaleza dual es la que permite captar mejor, comprender mejor la institución –; Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, op. cit. pág. 164; Fernández López, M.F. y Cruz Villalón, J. “Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo”, en AA.VV. *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1990, págs. 220 y siguientes.
- <sup>21</sup> SSTS (Social) de 10-11-98, Rec. 2123/98; 18-11-99, Rec. 718/99; 20-7-00, Rec. 1000/00; 9-6-05, Rec. 132/04.
- <sup>22</sup> Como señalan Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, op. cit. págs. 170 a 172.
- <sup>23</sup> Por todos Fernández López, M. F y Cruz Villalón, J. “Los sindicatos en la función pública: régimen jurídico y representaciones sindicales en el centro de trabajo”, op. cit. pág. 231 y Luján Alcaraz, J. *La acción sindical en la empresa*, op. cit. pág. 137.
- <sup>24</sup> Entre otros, Gómez Caballero, P. *Los derechos colectivos de los funcionarios*, op. cit. págs. 187 y 188;

- Sala Franco, T. y Roqueta Buj, R. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, op. cit. págs. 172 y 173.
- <sup>25</sup> SSTS 31-3-06, RJ 2080 y 1-4-95, RJ 3225 y STS (Social) 14-6-05, RJ 4725.
- <sup>26</sup> SSTS 28-12-02, Rec. 5297/99, RJ 598/2003 y 9-5-03, Rec. 4510/99, RJ 4725.
- <sup>27</sup> STS 23-12-02, Rec. 4944/99, RJ 1427/2003. Un precedente en el mismo sentido puede encontrarse en STS 13-3-91, RJ 8638.
- <sup>28</sup> STC 292/1993, de 18 de octubre.
- <sup>29</sup> Por ejemplo, STC 84/1989, de 10 de mayo.
- <sup>30</sup> Por ejemplo STC 201/1999, de 8 de noviembre
- <sup>31</sup> En el mismo sentido, por todos, Agut García, C. *El delegado sindical*, Bomarzo, Albacete, 2006, págs. 15 a 17.
- <sup>32</sup> SSTC 84/1989, de 10 de mayo; 95/1996, de 29 de mayo y 201/1999, de 8 de noviembre, entre otras.
- <sup>33</sup> STS 16-5-10, RJ 5730/2009.
- <sup>34</sup> SSTC 37/1983, 118/1983, 98/1985 y 95/1996, entre otras
- <sup>35</sup> Tal como se establece en STS 19-4-07, Rec. 2498/03, RJ 5744
- <sup>36</sup> STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972; STS 4-2-04, Rec. 3686/01, RJ 886; STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444; SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281; STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/09 y 24-7-03, Rec. 1792/00, JUR 241866; STSJ Burgos 8-3-02, Rec. 13/02, JUR 89762; STSJ Madrid 22-2-03, Rec. 410/00, RJCA 262/04; STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986, JUR 206968, 7-3-04, Rec. 148/02, JUR 22669 y 18-3-04, Rec. 208/02, JUR 22730; STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825, entre otras muchas.
- <sup>37</sup> STS 23-6-03, Rec. 3720/97, RJ 4444.
- <sup>38</sup> STS 4-2-04, Rec. 3686, RJ 886.
- <sup>39</sup> STS 6-2-04, Rec. 7856/98, RJ 972.
- <sup>40</sup> STSJ Comunidad Valenciana 15-7-05, Rec. 986/03, JUR 206968.
- <sup>41</sup> STSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825.
- <sup>42</sup> SAN 4-5-05, Rec. 1/05, JUR 266281.
- <sup>43</sup> STS 2-7-08, Rec. 1573/04, RJ 6725; SSTSJ Castilla-La Mancha 14-2-05, Rec. 109/01, JUR 91825 y STSJ País Vasco, Rec. 1684/04, RJCA 97/09
- <sup>44</sup> STS (Social) 7-3-02, Rec. 1220/01, RJ 4667
- <sup>45</sup> Al respecto, aunque siempre en relación con disposiciones reglamentarias, por ejemplo, STS 10-11-94, Rec. 56/92, RJ 9040; STS 6-3-97, Rec. 2797/92, RJ 2165 y STS 29-5-97, Rec. 290/94, RJ 4534.
- <sup>46</sup> STS 9-2-99, Rec. 341/96, RJ 2068 y STS 1-3-99, Rec. 355/96, RJ 2736.
- <sup>47</sup> STS 21-3-02 (2 sentencias), Rec. 739/96 y 1074/01, RJ 4319 y 4318, respectivamente.
- <sup>48</sup> STSJ Burgos 24-5-04, Rec. 10/04, RJCA 436.
- <sup>49</sup> Resolviendo supuestos concretos, se admite judicialmente que ningún vicio hay al respecto de la atribución de funciones a estas comisiones si sus decisiones no son vinculantes sin posibilidad de recurso para la entidad y los funcionarios (STSJ Comunidad Valenciana 9-11-05, Rec. 1208/02, JUR 26007), incluso aunque comprendan facultades lógicas de interpretación y aplicación del acuerdo e incluso labores conciliadoras y arbitrales (laudos), siempre que se reconozca la posibilidad de acudir a la jurisdicción competente, lo que hace que no puedan considerarse absolutamente vinculantes los mismos (STSJ Castilla-La Mancha 28-2-05, Rec. 398/01, RJCA 222).
- <sup>50</sup> Los problemas que plantean las huelgas en los servicios esenciales han sido objeto de un amplio tratamiento doctrinal. Al respeto para profundizar en la cuestión pueden consultarse, entre otras, las siguientes monografías y artículos (citaré sólo a título de ejemplo algunas de las más recientes):
- Baylos Grau, A. *Derecho de huelga y servicios esenciales*, Tecnos, Madrid, 1987.
- Baylos Grau, A. "Nuevas determinaciones en materia de huelga y servicios esenciales", *Revista de Derecho Social*, número 36, 2007.
- Cabeza Pereiro, J. "La imposición de servicios mínimos", en AA.VV. (Baylos Grau, A. coord.) *Estudios sobre la huelga*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- Moreno Vida, M. N. "huelga en servicios esenciales. Reflexiones sobre el marco legal y sobre una reforma necesaria", *Tribuna Social*, número 202, 2007.
- <sup>51</sup> En relación con el personal laboral no es difícil enmarcar esta conducta en los supuestos del art. 54 del ET y en cuanto a los funcionarios, el artículo 95.2.m) del Estatuto Básico, califica como falta muy grave

- el incumplimiento de la obligación de atender los servicios esenciales en caso de huelga. Por cierto, también tiene esa misma calificación, conforme a la letra l) la realización de actos encaminados a coartar el libre ejercicio del derecho de huelga.
- <sup>52</sup> El elemento de imparcialidad en la actuación de la autoridad gubernativa es esencial en la configuración de esta facultad, como claramente se desprende de la doctrina constitucional al respecto. Por todas véase STC 27/1989, de 3 de febrero.
- <sup>53</sup> Al respecto STC 123/1990, de 2 de julio.
- <sup>54</sup> El artículo 11 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del derecho de reunión, introdujo la posibilidad de recurrir en el plazo de 48 horas la resolución gubernativa que prohibiese o modificase una reunión en lugar abierto, regulándose inicialmente el procedimiento en el artículo 7.6 de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que garantizaba una solución inmediata. En la actualidad es el artículo 122 de la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el que regula el indicado procedimiento, garantizando que en el plazo de cuatro días se convocará a los interesados a una audiencia y se resolverá sin ulterior recurso. Este procedimiento es mucho más rápido que el previsto para la protección de los demás derechos fundamentales en los artículos 114 y siguientes de la misma ley.
- <sup>55</sup> La importancia de las medidas cautelares como medio de garantizar eficazmente el derecho de huelga ya fue resaltada por STC 148/1993, de 29 de abril.
- <sup>56</sup> Posibilidad indemnizatoria expresamente admitida por la jurisprudencia. Por ejemplo SSTS (Social) de 12-3-97, RJ 2892 y 26-1-98, RJ 2992.
- <sup>57</sup> En este sentido STS 29-1-96, RJ 1309.
- <sup>58</sup> Véase al respecto el interesante resumen jurisprudencial que hace la ya citada STS (Social) 12-3-97.
- <sup>59</sup> Estos elementos de proporcionalidad y ponderación de las circunstancias concretas de cada huelga son básicos en toda la jurisprudencia constitucional y ordinaria que sobre la cuestión existe. Al respecto, por ejemplo, SSTC 27/1989, de 3 de febrero; 43/1990, de 15 de marzo; 148/1993, de 29 de abril etc. y SSTS de 17 de junio de 1994, RJ 5290, de 6 de junio de 1998, RJ 5523, de 12 de marzo de 1999, RJ 2895, y STS (Social) de 16 de marzo de 1998, RJ 2993, entre otras.
- <sup>60</sup> Al respecto, entre otras muchas, SSTC 27/1989, de 3 de febrero; 43/1990, de 15 de marzo y SSTS de 29 de enero de 1996, RJ 1309 y de 6 de junio de 1998, RJ 5523.
- <sup>61</sup> Como expresamente razona STC 43/1990, de 15 de marzo y la ya citada STS de 6 de junio de 1998.
- <sup>62</sup> SSTS 27-9-10, RJ 6764 y 7-6-10, RJ 5528.