



LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

REMEDIOS ROQUETA BUJ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de las Islas Baleares

EXTRACTO

El presente trabajo aborda los diferentes aspectos del sistema de negociación colectiva funcionarial: desde la estructura negocial hasta la viabilidad de la negociación colectiva conjunta de los funcionarios y trabajadores al servicio de las Administraciones Públicas. Los rasgos más sobresalientes de la regulación legal de dicho sistema son su sumariedad y ambigüedad, de forma que son muchos los extremos que se dejan en el negro o, cuando menos, en la penumbra, lo que obliga a su intérprete a llevar a cabo una complicada labor de integración de lagunas. Por ello, el objetivo marcado para este trabajo no es otro que el de señalar tales insuficiencias e incoherencias.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL
3. LOS SUJETOS NEGOCIADORES
4. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
5. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN
6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

1. INTRODUCCIÓN

El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se rige por lo dispuesto en el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), parcialmente modificada por las Leyes 7/1990 y 18/1994 ¹.

¹ Para un estudio detallado del Capítulo III de la LORAP ver, por todos, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUI, R., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Valencia, 1995, págs. 223 y ss.; ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Valencia, 1996, «Las especialidades aplicativas de la Ley 7/1990 en el ámbito de las Instituciones Sanitarias Públicas», en AA.VV., *Aspectos del Régimen Jurídico de la Sanidad Pública*, I.V.E.S.P., Valencia, 1995, págs. 175 y ss., «Los órganos de representación unitaria y la negociación colectiva en la Función Pública», en AA.VV., *III Curso de Derecho Público Autonómico, Seminario de Función Pública Valenciana*, Generalitat Valenciana, Valencia, 1996, págs. 141 y ss., «El contenido de la negociación colectiva en materia de clasificación de puestos de trabajo y de retribuciones de los funcionarios locales», *Poder Judicial*, núm. 43-44, 1996, págs. 305 y ss., «La negociación colectiva en la función pública local», *REALA*, núm. 279, 1999, págs. 69 y ss., y «La negociación de los funcionarios locales», en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal II, Dirigido por Muñoz Machado*, Madrid, 2003, págs. 2493 y ss.; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y función pública (del contrato laboral para trabajos manuales al contrato blindado de alta dirección)*, Madrid, 1995; MAURI MAJOS, J., «Problemas de representación sindical y la negociación colectiva en la función pública. Convergencias y divergencias con el empleo privado», *DA*, núm. 214-242, 1995, págs. 164 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos*, Barcelona, 1996; PALOMAR OLMEDA, A., *Derecho de la Función Pública*, Régimen jurídico de los funcionarios públicos, Madrid, 1996, págs. 639 y ss.; MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y deberes de los funcionarios públicos*, Valencia, 1996, págs. 253 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M., «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RL*, núm. 4, 1997, págs. 12 y ss.; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Ley y negociación colectiva en la función pública», *RL*, II/1997, págs. 9 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., *El estatuto de los funcionarios públicos, Su convergencia con el Estatuto de los Trabajadores*, Granada, 1997, págs. 390 y ss.; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, 1997, págs. 234 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F., «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *REDT.*, núm. 86, 1997, págs. 837 y ss.; DIÉGUEZ CUERVO, G., «Legitimación procesal del sindicato de funcionarios de una mesa de negociación», *REDT.*, núm. 91, 1998, págs. 809 y ss.; MARTÍN PÉREZ, P.A., «La negociación colectiva en la función pública local», *AA*, núm. 38, 1999, págs. 1037 y ss.; MARTÍNEZ MARÍN, A., «El funcionario y la negociación colectiva. Redefinición dogmática de la naturaleza jurídica de la relación funcional», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública, ¿La reforma adecuada?*, *Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Sevilla, 1999, págs. 351 y ss.; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Estudios Financieros*, núm. 200, 1999, págs. 51 y ss.; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, A., «El derecho a la negociación colectiva en la Función Pública», en AA.VV., *El Estatuto de la Función Pública, ¿La reforma adecuada?*, *Actas del II Congreso sobre la Función Pública*, Sevilla, 1999, págs. 161 y ss.; DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., «El sistema normativo de la relación de servicio del personal estatutario en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social», *Centro de Docu-*

El Anteproyecto de Ley Reguladora del Estatuto de la Función Pública (EBFP)², en su Capítulo XVIII, contemplaba una nueva regulación sobre el sistema de negociación colectiva funcional, que tenía el carácter de básica (art. 1) y que venía a colmar gran parte de las lagunas que presenta el Capítulo III de la LORAP, asumiendo a tal fin las elaboraciones doctrinales y jurisprudenciales formuladas durante la vigencia de esta disposición legal. Además de estas aclaraciones, el EBFP introducía importantes novedades, si bien las mismas no afectaban a la naturaleza y esencia del sistema de negociación colectiva funcional diseñado en la LORAP, cuyos rasgos principales se mantenían. Sin embargo, a la vista del dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de Ley Reguladora del EBFP³, se paralizó la tramitación parlamentaria de éste y hasta la fecha no se ha vuelto a replantear el tema en la Cortes Generales.

El objetivo marcado para el presente trabajo no es otro que el de señalar y abordar las insuficiencias e incoherencias que presenta el sistema de negociación colectiva funcional en relación con los siguientes extremos: 1) La estructura negocial; 2) Los sujetos negociadores; 3) El contenido de la negociación colectiva; 4) El procedimiento de negociación; y 6) La negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores.

2. LA ESTRUCTURA NEGOCIAL

El art. 31.1 de la LORAP establece la existencia de un cuadro de mesas a un doble nivel: en el primero, dispone la constitución de una Mesa general para la Administración

mentación Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Manual de Formación Continua, núm. 11, 2000, págs. 75 y ss.; LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos de los trabajadores y funcionarios*, Madrid, 2000, págs. 272 y ss.; MARÍN ALONSO, I., «El Derecho del Trabajo y la negociación colectiva de los empleados públicos», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, Volumen II, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2001, págs. 251 y ss.; SALA FRANCO, T., «La negociación colectiva en el empleo público», en AA.VV., *Cuestiones actuales sobre la negociación colectiva, XIV Jornadas de Estudios sobre la negociación colectiva*, Madrid, 2001, págs. 125 y ss.; MARTÍNEZ GAYOSO, M.^a N., *El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Constitución*, Zarautz (Gipuzkoa), 2002, y *Las comisiones de seguimiento de pactos y acuerdos en la función pública*, Basauri (Bizkaia), 2002; y LANDA ZAPIRAIN, J. y otros, *La negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos al servicio de las Administraciones Públicas Vascas*, Madrid, 2003. Además, debe tenerse en cuenta la abundantísima bibliografía que se cita en ROQUETA BUI, R., *La negociación colectiva...*, cit.

² El EBFP tenía su origen en el acuerdo alcanzado el 10 de febrero de 1998 en la Mesa general de negociación, tras un largo proceso de negociación entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, de una parte, y los sindicatos, de otra. Sobre el alcance de las reformas que dicho EBFP proyectaba introducir en la materia que nos ocupa ver CATALA POLO, R., «El régimen jurídico de los empleados en los sistemas privados de gestión de los servicios públicos. Aproximación de regímenes en la Administración General del Estado», *DA.*, núm. 243, 1995, págs. 128-129; ROJAS RIVERO, G.P., «Notas sobre la negociación colectiva en el Anteproyecto Básico de la Función Pública», *RDS*, núm. 1, 1998, págs. 233 y ss.; ROQUETA BUI, R., «La negociación colectiva en el proyecto de estatuto básico de la función pública», *AL*, núm. 33, 1998, págs. 613 y ss.; y MARÍN ALONSO, I., «Problemática de la negociación colectiva funcional en el anteproyecto de estatuto básico de la función pública», *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 193, 1999, págs. 3 y ss., y *La negociación colectiva conjunta del personal laboral y funcional en la Administración Pública. Los acuerdos mixtos*, Granada, 1999, págs. 3 y ss. Por lo demás, el borrador del EBFP que se maneja es el de 25 de marzo de 1998.

³ Consejo de Estado, núm. 1489/98/RL.

del Estado, otra para la Administración de cada Comunidad Autónoma y otra para cada Entidad Local. Por lo demás, a pesar del silencio legal, la autonomía negocial de cada Mesa general está condicionada por la distribución de competencias constitucional y legalmente diseñada en materia funcional entre las distintas esferas —estatal, autonómica y local—. En un plano inferior, y en relación específica a la Administración del Estado, fija una serie de Mesas Sectoriales (centros públicos no universitarios, Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros, Instituciones sanitarias públicas, Administración de Justicia, Universidades, y Administración Central e Institucional y Entidades Gestoras de la Seguridad Social) y, además, permite que, por decisión de la Mesa general, se formen otras «en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos», estando subordinadas todas ellas a la Mesa general. Por su parte, el art. 33 de la LORAP, al dotar a las organizaciones sindicales más representativas para que, de acuerdo con el Gobierno u órganos de gobierno de las restantes Administraciones Públicas (AA.PP.), encuadren temporal y materialmente el proceso de negociación desarrollado por la Mesa general de negociación correspondiente, viene a crear un nuevo nivel negocial superior. De este modo, se puede concluir que la negociación colectiva funcional se estructura en tres niveles diferentes: 1.º) Las «supermesas generales»; 2.º) Las Mesas generales de negociación; y 3.º) Las Mesas sectoriales de negociación.

Pues bien, al respecto cabe subrayar lo siguiente:

- a) El art. 33 de la LORAP traslada al ámbito de la función pública la regla prevista en el art. 83.2 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁴. Se trata, por consiguiente, de una relación entre legitimación negocial y competencia material —no coincidente plenamente en el ET y en la LORAP, dicho sea de paso— que se fundamenta en una determinada opción de promocionar a los sindicatos más representativos. Pero, aparte de que las diferencias existentes entre los sistemas de negociación colectiva funcional y laboral desaconsejan una equiparación absoluta de la capacidad de obrar de los sindicatos más representativos en uno y otro sector, el monopolio que tales sindicatos alcanzan respecto de los temas negociales reseñados supone una prerrogativa desproporcionada. Probablemente, fueron éstas las consideraciones que llevaron a los propios promotores de esta medida legal a devolver a la Mesa general de negociación de la Administración del Estado la competencia para determinar la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a pactar. En efecto, de acuerdo con el apartado 3.º del Capítulo XIV del Título IV del «Acuerdo para modernizar la Administración y mejorar las condiciones de trabajo» (BOE 21-1-1992), el proceso negociador anual se abría en la fecha en que de común acuerdo fijasen «el Gobierno y los Sindicatos más representativos conforme a lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, así como las Organizaciones a que se refiere el artículo 7.2 de la citada Ley» y versaba sobre las materias que ambas partes acordasen. De esta manera, las diferencias entre la «supermesa general» y la «Mesa general de negociación» se diluían en la práctica. Ahora bien, como la normativa sobre la legiti-

⁴ Por todos, ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 116 y ss.

mación negocial es de «ius cogens» y queda fuera del ámbito de influencia de la autonomía colectiva, si lo establecido en el referido Acuerdo, que, por lo demás, sólo tenía virtualidad en el ámbito de la Administración del Estado, no se incorpora al texto de la Ley tiene escaso valor práctico, ya que puede ser desconocido por las propias partes en los sucesivos procesos negociales. De ahí, que fuera plausible que el EBFP no recogiera el contenido del actual art. 33 de la LORAP y atribuyera a los miembros de las mesas de negociación la competencia para determinar la fecha de inicio de las negociaciones y las materias a negociar (art. 87.5)⁵.

- b) En cuanto al segundo nivel, el legislador establece una Mesa general de negociación para cada persona jurídico-pública de carácter territorial porque todas ellas tienen poderes normativos en materia funcional. Sin embargo, la opción legal resulta inadecuada para las Entidades Locales (EE.LL.) de pequeña dimensión porque obliga a constituir miles de Mesas «generales» locales⁶. Ante esta situación se plantea como solución la negociación de «acuerdos supralocales» para todas las EE.LL. de una determinada Comunidad Autónoma o, incluso, de toda la nación⁷. Y, de hecho, este tipo de prácticas negociales se han dado en las Administraciones Públicas Vascas e, incluso, a nivel nacional. Estos acuerdos supralocales pueden resultar muy útiles en clave de economía y de eficacia administrativa, sobre todo en los Ayuntamientos pequeños, donde el esfuerzo, humano y económico, que deben hacer las partes negociadoras es proporcionalmente superior. Además, la adhesión a estos acuerdos supralocales por aquellas EE.LL. en las que existen dificultades estructurales para la negociación colectiva, derivadas de la inexistencia de representantes unitarios, constituye una solución, que permite cubrir los vacíos normativos consiguientes, obviamente, más respetuosa con el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos que la determinación unilateral de las condiciones de trabajo por la Entidad Local correspondiente.

Pues bien, por lo que se refiere a la viabilidad de este tipo de acuerdos, debe señalarse que el silencio de la LORAP no puede interpretarse como una prohibición de los mismos. En efecto, la capacidad para contraer obligaciones públicas es inherente a la personalidad jurídica que el art. 3.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), reconoce a la EE.LL. y nada se opone, desde un punto de vista general, a la celebración de acuerdos supralocales. Por otra parte, la capacidad de las EE.LL. para concluir entre ellas «convenios interadministrativos» —figura a la que son reconducibles estos acuerdos—, ha sido recogida con carácter general en el art. 88.1 de la LRJAP y de modo específico en el art. 57

⁵ ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 614-615.

⁶ En este sentido, BLASCO ESTEVE, A., «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Administración Local», en AA.VV., *Tratado de Derecho Municipal*, Tomo II, Madrid, 1988, pág. 2165; LÓPEZ GANDÍA, J., «La negociación colectiva de los funcionarios», *Revista de Treball*, núm. 8, 1988, pág. 17; y PIÑAR MAÑAS, J.L., «Las estructuras de participación y representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas», *REDA*, núm. 65, 1990, pág. 60.

⁷ Para una mayor información sobre este tema véanse ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2496 y ss.; y la STS de 9 de enero de 2001 (RJ/1630).

de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL). Ahora bien, de estos acuerdos supralocales no derivan normas vinculantes para las EE.LL. y directamente aplicables a sus funcionarios, pues ello supondría una enajenación o renuncia, aun cuando parcial de las potestades normativas de las EE.LL., siendo que éstas son indisponibles e irrenunciables (art. 12.1 LRJAP). A mayor abundamiento, debe señalarse que este tipo de acuerdos, del lado de las EE.LL., normalmente no serán negociados por los representantes de todas y cada una de las ellas, ya que ello es materialmente imposible, sino por las Federaciones de Entidades Locales, de ámbito estatal o autonómico, constituidas al amparo de la Disposición Adicional 5.^a de la LBRL, siendo que éstas no engloban a todas las EE.LL., pues la adscripción a las mismas es voluntaria. Por todo ello, estos acuerdos no crean normas jurídicas, sino en la medida en que sean asumidos por los miembros de las distintas Mesas generales, quienes tienen absoluta discrecionalidad para hacerlo o no, y, en su caso, aprobados expresa y formalmente por los órganos plenarios de las EE.LL.

La Disposición Adicional 1.^a. Tres del EBFP, referente a las normas comunes a todo el personal local, venía a dar cobertura legal a estas prácticas negociales, al reconocer, expresamente, la posibilidad de constituir una Mesa de Negociación de las condiciones generales de trabajo que afectasen conjuntamente a todas las Entidades Locales⁸. Los acuerdos adoptados en esta mesa serían de aplicación al personal de cada Entidad Local, una vez suscrita la adhesión a los mismos por la Entidad Local afectada y la representación sindical correspondiente y las partes representadas en esta Mesa estarían obligadas a impulsar la adhesión a estos acuerdos de aquellas Entidades Locales en que no existiera representación sindical. De este modo, una vez, formalizado y perfeccionado el acuerdo supralocal, habría de abrirse una segunda fase de negociación en el seno de las Mesas generales de negociación constituidas en las EE.LL., en las que las partes no contratarían en detalle, sustituyendo la discusión del propio Acuerdo local por la de adherirse o no al acuerdo supralocal, que, en su caso, habría de ser aprobado expresa y formalmente por el órgano plenario de la Entidad Local correspondiente. Además, la antecitada disposición admitía la posibilidad de que mediante acuerdo de los sindicatos y las EE.LL. interesadas pudieran crearse ámbitos de negociación que afectasen a varias EE.LL.

- c) En cuanto al tercer nivel, hay que significar que, tras el RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA, la base representada por la Mesa sectorial prevista «para el personal de los servicios de Correos, Telégrafos y Caja Postal de Ahorros» queda referida al personal funcionario del Organismo autónomo Correos y Telégrafos que pasa a prestar servicios en la nueva sociedad estatal. Por lo demás, y por lo que se refiere a «la Mesa sectorial para el personal al servicio de las Instituciones sanitarias públicas», hay que subrayar que la misma, tal y como se desprende de

⁸ Para una mayor información sobre este tema véase ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 620 y ss.

la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, es competente para negociar las materias relacionadas con las condiciones de trabajo del personal estatutario que presta sus servicios en los centros y servicios sanitarios pertenecientes a la Administración General del Estado y las bases del régimen aplicable al personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las CC.AA. Finalmente, y aunque el art. 31.1 de la LORAP permite constituir otras Mesas sectoriales de negociación sólo «en atención al número y peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos», esto es, a nivel nacional y sectorial, los arts. 60 y 61 del RD 370/2004, además de la «Mesa sectorial de Correos y Telégrafos», prevén la constitución de «comisión de rurales» para «el seguimiento, análisis, elaboración de propuestas y negociación, en su caso, de las materias que afectan colectivamente a cualquier implantación, modificación o supresión de servicios, jornada, medios de transporte, kilometraje y, en general, cualquier circunstancia que pueda afectar a las condiciones de trabajo».

La anterior distinción entre Mesa general y Mesas sectoriales no tiene la consideración de norma básica, lo cual quiere decir que la ley estatal está dejando un amplio margen para que las CC.AA. fijen en su respectivo ámbito la estructura negocial que consideren más conveniente. Una excepción, sin embargo, viene dada por el art. 79.2 de la Ley 55/2003, que con el carácter de norma básica⁹, prevé la constitución de una mesa sectorial de negociación «en el ámbito de cada servicio de salud».

En las EE.LL. de gran dimensión es posible que existan determinados sectores funcionariales, caracterizados por su número y por las peculiaridades de los servicios que prestan, como, por ejemplo, los miembros del personal del Servicio de Extinción de Incendios o los miembros de los Cuerpos de Policía Local, que precisen una negociación colectiva específica que no se contempla en la LORAP¹⁰. Para dar satisfacción a las expectativas de estos colectivos funcionariales, caben dos soluciones. Por un lado, y a pesar del silencio legal, la Mesa general de negociación de la Entidad Local, en línea con lo dispuesto en el art. 31.1 de la LORAP para la Administración del Estado, puede constituir una Mesa sectorial de negociación para determinar las condiciones específicas de trabajo de estos sectores de la función pública local. Sin embargo, como quiera que éstos no cuentan con Juntas de Personal propias y específicas, la medida de la representatividad sindical que da paso a la legitimación negocial de las organizaciones sindicales deberá extenderse a la Junta de Personal común a todos los funcionarios de la Entidad Local. De este modo, será difícil, por no decir imposible, que los sindicatos funcionariales implantados en los referidos sectores obtengan y acrediten la legitimación negocial, pues difícilmente podrán alcanzar el 10% de los miembros de tal Junta de Personal. La Entidad Local podrá negociar con estos sindicatos, aunque no logren demostrar su legitimación negocial, pero entonces tales negociacio-

⁹ Cfr. Disposición Final 1.ª.1.

¹⁰ ROQUETA BUI, R., «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2495 y 2496.

nes serán informales y al margen de la LORAP, por lo que carecerán de toda eficacia jurídica. De este modo, los poderes discrecionales del órgano plenario no estarán limitados: podrá aprobar o no el Acuerdo; podrá modificarlo en el acto de aprobación; y la no aprobación podrá ser arbitraria y no tendrá que ser fundamentada o motivada. Por otro lado, y teniendo en cuenta que el art. 35 de la LORAP reconoce la libertad de las partes negociadoras para fijar el ámbito aplicativo de los Acuerdos y Pactos dentro de la unidad de negociación prefijada legalmente, la Mesa general puede negociar específicamente las condiciones de trabajo de estos sectores funcionariales. No obstante, tal negociación será llevada a cabo por los sindicatos generales, quienes, por mucho que actúen en representación de un sector funcional determinado, siempre lo harán de acuerdo con una estrategia general y tomando en consideración los intereses y problemas del conjunto de los funcionarios de la Entidad Local correspondiente.

Pues bien, a este respecto el EBFPP contemplaba la posibilidad de que, por acuerdo de las Mesas generales de negociación de las EE.LL., se pudieran constituir «otras Mesas sectoriales, en atención a las condiciones específicas de trabajo de las Organizaciones Administrativas afectadas o a las peculiaridades de sectores concretos de funcionarios públicos y a su número» (art. 87.3)¹¹. Además, a fin de que los sindicatos implantados en el ámbito de estas nuevas Mesas sectoriales pudieran demostrar su representatividad y, consiguientemente, alcanzar la legitimación negocial, permitía que, previo acuerdo con las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y autonómico, los órganos de gobierno de las EE.LL. pudieran «modificar o establecer Unidades Electorales en razón al número y peculiaridades de sus colectivos, adecuando la configuración de las mismas a las estructuras administrativas y a los ámbitos de negociación» constituidos o que se constituyeran (art. 80.4). Posibilidad que, a juicio del Consejo de Estado, podía «ser cauce para reforzar el peso de la representación específica y unitaria de los funcionarios en la determinación de sus condiciones de trabajo». Ahora bien, esta opción no está exenta de riesgos, pues supondría dar entrada en la negociación a sindicatos de corte corporativo que guiados por sus intereses privativos podrían poner en peligro la homogeneización de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos tan anhelada, al menos, hasta ahora por el legislador.

3. LOS SUJETOS NEGOCIADORES

El art. 30 de la LORAP establece que en las «Mesas de negociación» podrán participar «las Organizaciones Sindicales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, así como los Sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal». De acuerdo con lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 31.2 de la LORAP «en las Mesas sectoriales, además de

¹¹ Sobre el alcance de esta disposición véase ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 616 y ss.

las Organizaciones señaladas en el párrafo anterior, que estarán en todo caso, estarán también presentes los Sindicatos que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal». Por último, el art. 79.2 de la Ley 55/2003 dispone que en las mesas sectoriales de negociación que se constituyan en cada servicio de salud estarán presentes »las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal y de la comunidad autónoma, así como las que hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud».

Al respecto, debe subrayarse lo siguiente:

- a) La consecución de los umbrales de representatividad y, a la postre, de la legitimación para participar en las Mesas de negociación de las EE.LL. de pequeño y mediano tamaño tropieza con obstáculos, a veces, incluso, insalvables para los sindicatos funcionariales. En este sentido, conviene reparar que en estas EE.LL. es posible que no se constituyan estructuras de representación unitaria, bien porque el número de funcionarios a su servicio no alcance el mínimo exigido para designar, al menos, un Delegado de Personal, bien por el desinterés de los propios funcionarios y sindicatos. En tales supuestos, éstos últimos no tienen la posibilidad de verificar su representatividad y, a la postre, de alcanzar la legitimación negocial. Ello no supondrá la negación del derecho a la negociación, puesto que éste tendrá siempre abierta la posibilidad derivada de la «irradiación sindical» reconocida en el art. 30 de la LORAP. Puede ser que la irradiación de la representatividad que la ley viene a conceder a los sindicatos más representativos, atribuyéndoles legitimación para intervenir en estas mesas de negociación, se corresponda con la implantación real de dichas organizaciones en el ámbito local. Pero puede suceder que estos sindicatos no tengan ninguna aceptación en este ámbito en cuestión. La representación de los funcionarios en la mesa sufrirá así una distorsión inevitable. Y lo mismo sucederá cuando los sindicatos más representativos no obtengan representantes en las elecciones a Delegados o Juntas de Personal¹². En todos estos casos, no se garantizará la suficiencia representativa de la representación sindical que negocia en el ámbito de afectación material de las negociaciones. Por este motivo, se afirma que el modelo sindical no resulta adecuado en el ámbito de la Administración Local, pues en supuestos como los descritos no negocian los auténticos representantes del funcionariado local¹³. En este sentido, se señala que hubiera sido más correcto el reconocimiento de la legitimación en favor de las representaciones unitarias. No obstante, aun compartiendo la crítica señalada, hay que indicar que el tenor literal de la ley es muy claro al respecto, sin que de pie a interpretar que en tales casos pueda reconocerse la legitimación a las Juntas o Delegados de Personal¹⁴.
- b) La legitimación negocial puede corresponder también a las secciones sindicales pertenecientes a los sindicatos más representativos y a los que tengan presencia

¹² BLASCO ESTEVE, A., «La negociación...», cit., pág. 2163.

¹³ Así, BLASCO ESTEVE, A., «La negociación...», cit., pág. 2164.

¹⁴ SSTS de 5 de mayo de 1994 (RJ/4315) y 9 de enero de 2001 (*La Ley*).

en los órganos de representación unitaria. En principio, la LORAP no contiene mención directa a la legitimación negocial de las secciones sindicales, en tanto que dicha legitimación viene referida genéricamente en favor de las organizaciones sindicales. Sin embargo, el art. 8.2.b) de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), que es de aplicación en la función pública, les garantiza la legitimación negocial, si se constituyen en un nivel coincidente con el de la Mesa de negociación¹⁵. La LORAP ignora a las secciones sindicales como sujeto negocial porque los ámbitos de éstas generalmente son de dimensiones más reducidas que los de las correspondientes mesas de negociación. Sin embargo, en las CC.AA. uniprovinciales y en las EE.LL. sí puede darse la coincidencia entre los ámbitos de las mesas de negociación y de las secciones sindicales. Por consiguiente, dado que no existe una razón objetiva que justifique la diferencia de tratamiento de las secciones sindicales en los ámbitos laboral y funcional, hay que concluir que el art. 8.2.b) de la LOLS también garantiza la legitimación negocial de las secciones sindicales de los funcionarios públicos. El hecho de que este artículo les otorgue el derecho a la negociación «en los términos establecidos en su legislación específica» no invalida la tesis propuesta. Pese a que los arts. 30 y 31.2 de la LORAP ignoran a las secciones sindicales, lo cierto es que aquel precepto se proyecta sobre éstos, por lo que es preciso garantizar su legitimación negocial. Además, la lectura al contrario de la discutible literalidad de los arts. 30 y 31.2 de la LORAP encuentra fundamento adicional en la falta de unidad terminológica que se aprecia en esta disposición legal en torno al concepto de «organización sindical», ya que en diversas ocasiones la ley emplea esta expresión para aludir a las secciones sindicales. La disfuncionalidad en este punto entre lo dispuesto en la LOLS y en la LORAP es que no resulta absolutamente concordante la legitimación negocial del art. 8.2.b) de aquella y la que se reconoce en el art. 30 de ésta; aunque coincida grosso modo, el segundo precepto resulta algo más restrictivo que el primero. Mientras la LORAP exige al sindicato simplemente representativo que alcance el 10 por 100 de los miembros de la Junta de Personal o, en su caso, de los Delegados de Personal, para la LOLS le basta con la obtención de un representante. Aunque no se trata de una diferencia sustancial, por cuanto que los sindicatos para tener derecho a la atribución de un representante en la Junta de Personal han de obtener como mínimo el 5 por 100 de los votos en la unidad electoral correspondiente [art. 18.1.b) LORAP], lo cierto, es que la LOLS es más generosa¹⁶.

- c) El art. 31.1 de la LORAP reconoce legitimación directa y automática para formar parte de las Mesas sectoriales de negociación de la Administración del Estado a

¹⁵ En parecidos términos se expresan FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ª 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*, Sevilla, 1990, pág. 235; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 234 y ss.; MARÍN ALONSO, I., *La negociación colectiva conjunta...*, cit., págs. 423 y ss.; LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos colectivos...*, cit., pág. 275; y SALA FRANCO, T., «La negociación colectiva en el empleo público», cit., pág. 127.

¹⁶ Subrayan la diferencia FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^ª F. y CRUZ VILLALÓN, J., «Los sindicatos...», cit., pág. 235.

los sindicatos simplemente representativos en el conjunto de la función pública estatal, esto es, aquellos que obtienen el 10% o más de los miembros de las Juntas de Personal en el ámbito de la Administración del Estado. De este modo, se procede a una ampliación de las posibilidades de «irradiación» de la representatividad sindical, pues se concede legitimación para negociar, sin necesidad de acreditar otra circunstancia, a los entes sindicales que, actuando en el sector correspondiente, se encuentren vinculados orgánicamente con un sindicato que haya obtenido como mínimo el 10 por 100 de los representantes unitarios en el conjunto de la función pública estatal. Con ello el legislador quiere garantizar la presencia de los sindicatos que integran a todo el personal al servicio de la Administración del Estado en las negociaciones a nivel sectorial, que asegure, a su vez, la presencia, en cada concreto sector, de los intereses generales de los funcionarios públicos estatales. Sin embargo, el art. 79.2 de la Ley 55/2003 únicamente reconoce la legitimación para estar presentes en las mesas de negociación que se constituyan en cada servicio de salud a las organizaciones sindicales que no siendo más representativas «hayan obtenido el 10 por ciento o más de los representantes en las elecciones para delegados y juntas de personal en el servicio de salud»¹⁷. Por consiguiente, los sindicatos simplemente representativos sólo tendrán derecho a formar parte de estas Mesas sectoriales de negociación si acreditan el 10% como mínimo de las Juntas de Personal en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado o en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las CC.AA., en su caso. Se trata, por tanto, de una opción distinta de la que mantiene la LORAP. Y, en este sentido, no cabe duda que estos sindicatos, guiados por sus intereses privativos, ahondarán en las peculiaridades del régimen jurídico aplicable al personal estatutario, a pesar de que la Ley 55/2003 establece con nitidez el carácter funcional de la relación estatutaria (art. 1) y, además, proclama que en lo no previsto en ella misma o en las normas complementarias, «serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente» (art. 2.2).

- d) La LORAP, con la concisión que le caracteriza, no establece el número de puestos de la mesa negociadora y tampoco determina el criterio de reparto de los puestos entre los distintos sindicatos con legitimación negocial ni los requisitos para la válida constitución de la mesa negociadora en función de la representatividad que aquellos acrediten; aspectos estos últimos que «cumplen todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto: son de orden público negocial, necesitan ser homogéneos a todo el sistema y deben ser sustraídos a la controversia en cada proceso negocial»¹⁸. Estamos, por consiguiente, ante unas lagunas que resultan difíciles de explicar desde un punto de vista estrictamente jurídico y que no pueden ser suplidas por la autonomía colectiva. El reparto de los puestos entre los distintos sindicatos legitimados para negociar ha de ser propor-

¹⁷ Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., pág. 623.

¹⁸ DEL REY GUANTER, S., «Evolución general y problemática fundamental de las relaciones colectivas en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, Sevilla, 1990, pág. 53.

cional a la representatividad ostentada por los mismos de acuerdo con los resultados electorales obtenidos en el ámbito específico de la mesa de negociación. Por lo que respecta a la válida constitución de ésta, dado el silencio legal, no cabe sino concluir que no es necesario que los sindicatos acrediten una representatividad mínima de conjunto, careciendo de trascendencia el número y la representatividad que acrediten las organizaciones sindicales que acudan al llamamiento para negociar y que permanezcan en la mesa negociadora durante todos sus avatares. De este modo, las mesas negociadoras quedan válidamente constituidas cuando todos los sindicatos con legitimación negocial han sido convocados y se les ha permitido participar en las negociaciones en proporción a su respectiva representatividad¹⁹, sin perjuicio de que lo hagan o no y de cual sea su representatividad mínima de conjunto. Esta solución, sin embargo, presenta riesgos nada desdeñables, pues permite que la negociación se realice con escasa representación²⁰ e, incluso, que la Administración en concierto con uno o más sindicatos emplee técnicas dilatorias o desviacionistas con el propósito de marginar al resto de sindicatos legitimados, y concluir los Acuerdos y Pactos con aquéllos, más sumisos a sus intereses²¹. Por ello, para que las mesas de negociación quedasen válidamente constituidas, el EBFPP venía a exigir que las organizaciones sindicales presentes en las mismas representasen, como mínimo, «la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito» de que se tratase (art. 88.1)²². No obstante, de consagrarse tal criterio, existirían varios supuestos en los que sería imposible la válida constitución de la mesa negociadora: 1.º) Cuando no se hubiera procedido a elegir representantes unitarios por no alcanzar el mínimo de funcionarios necesarios para designar, al menos, un Delegado de Personal, o por desinterés de los funcionarios; 2.º) Cuando todos o la mayoría de los representantes unitarios de las unidades electorales comprendidas en el ámbito de la negociación fueran independientes; 3.º) Cuando una organización sindical de máxima implantación no accediera a formar parte de la mesa negociadora, impidiendo a las restantes organizaciones sindicales comparecientes la consecución del referido porcentaje de audiencia electoral en términos absolutos. En todos estos supuestos, habría que entender que nos encontramos ante un supuesto de desacuerdo en la negociación lo que permitiría a la Administración regular unilateralmente las condiciones de trabajo. Aquélla podría proseguir las negociaciones con el o los sindicatos minoritarios presentes en la mesa negociadora, pero entonces tales negociaciones carecerían de toda eficacia, ya que, como ya se ha señalado, no se puede confundir la intervención de la Administración en el terreno de una fuente negociada con la actuación de la misma en el ámbito de una fuente unilateral.

¹⁹ Ver la STS de 18 de octubre de 1995 (RJ/7566).

²⁰ SALA FRANCO, R., «La negociación colectiva en el empleo público», cit., pág. 128; y SAN de 17 de mayo de 2001 (JUR/295656).

²¹ ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 251.

²² Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 623-624.

4. EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Los arts. 32 y 34 de la LORAP determinan el área de desenvolvimiento de la actividad de las mesas negociadoras, distinguiendo a tales efectos tres tipos de materias²³: a) Materias excluidas de la consulta y de la negociación (art. 34.1); b) Materias objeto de consulta (art. 34.2); y c) Materias objeto de negociación (art. 32).

De acuerdo con el art. 34 de la LORAP, «quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las AA.PP. que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio de los derechos de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas» (apartado 1), salvo «cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos [en cuyo caso] procederá la consulta a las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la presente Ley» (apartado 2).

Según el art. 32 de la LORAP, «serán objeto de negociación en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública las materias siguientes: a) El incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, así como el incremento de las demás retribuciones a establecer, para su respectivo personal, en los proyectos normativos correspondientes de ámbito autonómico y local. b) La determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos. c) La preparación y diseño de los planes de oferta de empleo público. d) La clasificación de puestos de trabajo. e) La determinación de los programas y fondos para la acción de promoción interna, formación y perfeccionamiento. f) La determinación de las prestaciones y pensiones de las clases pasivas y, en general, todas aquellas materias que afecten, de algún modo, a la mejora de las condiciones de vida de los funcionarios. g) Los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional de los funcionarios públicos. h) Las propuestas sobre derechos sindicales y de participación. i) Medidas sobre salud laboral. j) Todas aquellas materias que afecten, de algún modo, al acceso a la Función Pública, Carrera administrativa, retribuciones y Seguridad Social, o a las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos y cuya regulación exija norma con rango de Ley. k) Las materias de índole económica, de prestación de servicios, sindical, asistencial, y en general cuantas otras afecten a las condiciones de trabajo y al ámbito de relaciones de los funcionarios públicos y sus Organizaciones Sindicales con la Administración».

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

- a) La LORAP, por un lado, señala que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación colectiva las decisiones de las AA.PP. que afectan a sus «potestades de organización» —expresión sumamente imprecisa— y, por otro lado, incluye en la esfera de lo negociable una serie de materias más organizativas que funciona-

²³ Cfr. art. 80.2 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud; la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; y art. 60.3 del RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

riales, tales como la clasificación de puestos de trabajo, la oferta de empleo público y los sistemas de ingreso, provisión y promoción profesional. La falta de claridad de la Ley a este respecto es fuente de una gran conflictividad²⁴. Por ello, habría que delimitar con precisión los espacios respectivos de los sistemas de heteronomía estatal y de la autonomía colectiva en las materias organizativas con incidencia en el ámbito funcional.

- b) La forma imperativa empleada por el art. 32 de la LORAP («serán objeto de negociación...»), determina el carácter estrictamente obligatorio de la negociación colectiva, se logre o no el consenso y requiera o no el Acuerdo alcanzado la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno de la correspondiente Administración²⁵. A mayor abundamiento, el art. 37.2 de la LORAP sujeta la potestad de los órganos de gobierno de las AA.PP. de regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos a un doble condicionamiento, que no se haya producido acuerdo en la negociación o que el Acuerdo alcanzado en la Mesa de negociación no sea aprobado expresa y formalmente por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración, lo que «presupone por definición la existencia previa de una negociación, real o intentada»²⁶. De todo ello se desprende la existencia de «una reserva desde la Ley para la negociación respecto a las materias enunciadas» en el art. 32 de la LORAP, con la consiguiente limitación a la posibilidad de que su ordenación pueda realizarse unilateralmente por la Administración sin haberse intentado previamente su negociación²⁷. Sin embargo, como quiera que el Tribunal Constitucional, en la sentencia 57/1982, de 27 de julio, declaró que no existe en sede constitucional un derecho de los funcionarios públicos a la negociación colectiva y, mucho menos, un derecho fundamental, salvo que se excluya de la negociación colectiva a un sindicato con derecho a formar parte de la mesa negociadora o se minusvalore su representatividad, en cuyo caso se aprecia la vulneración del derecho de libertad sindical de éste, en su concreto contenido del derecho a la negociación colectiva²⁸, el Tribunal Supremo tiene dicho que todos los avatares concernientes a la dinámica del ejercicio del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, o a las vulneraciones del mismo, resultan cuestiones de mera legalidad ordinaria²⁹. La tesis preconizada por el Tri-

²⁴ Cfr. SSTS de 26 de mayo de 1998 (RJ/5906), 19 de octubre de 1999 (RJ/9367), 14 y 28 de abril, y 3 de mayo de 2000 (RJ/4823, 4831 y 4573), 16 de noviembre y 22 de diciembre de 2001 (RJ/9752 y 8190), 25 de marzo de 2002 (RJ/3632), 4 de marzo de 2003 (RJ/2540), 16 y 19 de enero, y 4 de febrero de 2004 (RJ/428, 558 y 886); y SSAN de 12 de julio de 2001 (RJCA/273), 16 y 9 de octubre de 2003 (JUR/25376 y 406).

²⁵ SSTS de 10 de noviembre de 1994 (RJ/9040), 18 de octubre de 1995 (RJ/7566), 29 de mayo de 1997 (RJ/4534), 14 de abril de 2000 (RJ/4823), 25 de junio de 2001 (RJ/5738) y 17 de febrero de 2003 (RJ/2112), 23 de junio de 2003 (RJ/4444), 16 de enero de 2004 (RJ/428), 19 de enero de 2004 (RJ/558) y 6 de febrero de 2004 (RJ/972).

²⁶ STS de 10 de noviembre de 1994 (RJ/9040).

²⁷ STS de 16 de noviembre de 1995 (RJ/8791).

²⁸ STCO 80/2000, de 27 de marzo; SSTS de 6 de junio y 18 de octubre de 1995 (RJ/4874 y 7566), 9 de febrero de 1998 (RJ/2110) y 27 de septiembre de 2002 (RJ/9027); y SAN (Sala de lo Social) de 14 de julio de 1998 (RJ/3000).

²⁹ SSTS de 14 de julio de 1994 (RJ/6017), 4 de octubre y 3 de noviembre de 1994 (RJ/7845 y 10190), 20 de enero, 1 de febrero, 19 de mayo, 30 de junio y 4 de julio de 1995 (RJ/609, 1210, 4277, 5107 y 6155) y 8 de mayo de 2000 (RJ/4579). No obstante, hay que advertir que la STS de 27 de mayo de 1994 (RJ/4455) mantuvo un criterio diferente.

bunal Supremo conduce a un absurdo: la negación del derecho a negociar de un sindicato con legitimación negocial constituye una lesión del derecho fundamental de libertad sindical, y la negación del derecho a negociar de todos los sindicatos con legitimación negocial, no. Además, ignora que el derecho a la negociación colectiva, al venir explícitamente reconocido en la LOLS, pasa a formar parte del contenido total del derecho fundamental de libertad sindical de los funcionarios, por lo que, cualquiera que sea la posición adoptada respecto de la cuestión relativa a su fundamento constitucional, al venir reconocido en dicha disposición legal, su desconocimiento o negación por parte de la Administración constituye una lesión del derecho fundamental de la libertad sindical³⁰.

- c) La inclusión de las materias que señala el art. 32 de la LORAP en el ámbito de la negociación colectiva está condicionada por un factor fundamental, a saber: el reparto de competencias normativas en materia funcional entre el Estado, las Comunidades Autónomas (CC.AA.) y las EE.LL., operado por el bloque de constitucionalidad. En efecto, tales materias serán objeto de negociación, como subraya el propio art. 32 de la LORAP, «en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública»³¹. Por consiguiente, hay que efectuar un recorrido por la legalidad reguladora de la función pública para ver qué aspectos son competencia del Estado, cuáles de las CC.AA. y cuáles otros de las EE.LL.³². Aquellos que quedan comprendidos en la esfera de la competencia normativa del Estado habrán de negociarse en el seno de las mesas de negociación de la Administración del Estado, aquellos que sean competencia de las CC.AA. en las mesas de negociación de la respectiva Comunidad Autónoma y los que entren dentro del poder normativo local en la Mesa de negociación que se constituya en cada Entidad Local. De este modo, las materias cuya regulación corresponda al Estado (o a las CC.AA., en su caso) quedan fuera de la órbita de la autonomía colectiva a nivel autonómico y/o local³³, a lo que debe añadirse, como tiene declarado el Tribunal Supremo, que en estas materias no tiene cabida una negociación colectiva autonómica y/o local contraria o distinta a la norma estatal o autonómica, ni de mejora de éstas, siendo nulos los Acuerdos y Pactos que así procedan³⁴.

³⁰ Véanse LAHERA FORTEZA, J., *La titularidad de los derechos...*, cit., pág. 278; y ROQUETA BUJ, R., «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002 sobre la negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos», *JL*, núm. 13, 2003, págs. 45 y ss.

³¹ La competencia material de la Administración Pública que negocia es presupuesto de la negociación colectiva prevista en la LORAP. Así lo ponen de manifiesto, entre otras, las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 16 de junio de 1995 (AL 16/1996), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564, 1996), y 30 de junio de 1997 (RJ/6138); STSJ de Asturias de 18 de mayo de 1998 (RJ/1758); STSJ de Andalucía de 8 de junio de 1998 (RJ/2314); MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y Deberes...*, cit., págs. 273 y ss.; y MARTÍN PÉREZ, P.A., «La negociación colectiva...», cit., págs. 1064 y 1065.

³² Ver, por todas, las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 16 de junio de 1995 (AL 16/1996), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564, 1996), 14 de octubre de 1996 (AL 179/1997), 10 de febrero de 1997 (RJ/1409) y 30 de junio de 1997 (RJ/6138).

³³ Por todas, las SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564, 1996), 10 de febrero y 30 de junio de 1997 (RJ/1409 y 6138), y 21 de noviembre de 1997 (RJ/306, 1998).

³⁴ SSTS de 22 de octubre de 1993 (RJ/7544), 5 de mayo de 1994 (RJ/4315), 16 de noviembre de 1994 (RJ/555, 1995), 16 de junio de 1995 (AL 16/1996), 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), 4 de diciembre de 1995

Ante esta situación, los funcionarios públicos autonómicos y sobre todos los locales pueden tener la impresión de que la Ley no les garantiza su derecho a negociar sus condiciones de trabajo, pues éstas, en sus aspectos fundamentales, vienen pre-determinadas por unas mesas de negociación en las que no están representados³⁵. Para dar plena satisfacción al derecho de negociación colectiva de estos funcionarios, cabe proponer dos soluciones. Por un lado, extender también al ámbito de la función pública autonómica y/o local la medida de la representatividad sindical que da paso a la legitimación para participar en tales Mesas de negociación cuando éstas establezcan normas de obligado cumplimiento en el ámbito de las CC.AA. y/o EE.LL. De aceptarse este planteamiento, habría que distinguir una diversidad de sindicatos en el seno de las Mesas generales de negociación de la Administración del Estado y de las CC.AA., en función de cual sea el contenido de los Acuerdos y Pactos, lo que podría generar una gran complejidad. Sin embargo, es la única solución que garantiza la suficiencia representativa de la representación sindical en el ámbito al que se refieren las negociaciones, unas veces la función pública estatal o autonómica y otras el conjunto de la función pública. Por otro lado, cabe plantear la posibilidad de constituir Mesas «Inter-Administraciones» que abarquen las tres AA.PP. —estatal, autonómica y local— u otras más limitadas, como podrían ser las que comprendieran a una Comunidad Autónoma y a las EE.LL. ubicadas en el respectivo ámbito autonómico. Este tipo de mesas negociadoras, en las que, del lado de los funcionarios, habrían de participar los sindicatos más representativos y los simplemente representativos en el conjunto de las AA.PP. intervinientes en la negociación colectiva conjunta, permitirían a los funcionarios públicos autonómicos y/o locales participar en la determinación de todas sus condiciones de trabajo, y armonizar la actividad negocial desarrollada por unas Mesas generales que tienen competencias concurrentes sobre las mismas materias. En esta línea, el art. 92 del EBFP preveía la constitución de una «Mesa General de Negociación de todas las Administraciones Públicas», que se reservaba para los temas básicos y los de carácter general relacionados con sectores específicos de la función pública³⁶. Previsión que, a juicio del Consejo de Estado, ofrecía «la ventaja innegable de establecer interlocutores aptos y plurales en relación a materias de trascendencia general».

- d) La inclusión de las materias enumeradas en el art. 32 de la LORAP en el ámbito de la negociación colectiva está limitada por el contenido de las potestades nor-

(RJ/1564, 1996), 18 de noviembre de 1996 (RJ/9749), 14 de octubre de 1996 (AL 179/1997), 3 y 10 de febrero de 1997 (RJ/923 y 1409), 30 de junio de 1997 (RJ/6138), 21 de noviembre de 1997 (RJ/306, 1998), 5 de diciembre de 1997 (RJ/307, 1998), 22 de diciembre de 1997 (RJ/315), 25 de junio de 1999 (RJ/5511 y 6451) y 25 de septiembre de 2003 (RJ/7198).

Cfr. ROQUETA BUJ, R., «El contenido de la negociación colectiva...», cit., págs. 305 y ss., y «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2505 y ss.

³⁵ Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva de los funcionarios locales», cit., págs. 2509-2510.

³⁶ Para una mayor información sobre este tema véase ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 618 y ss.

mativas del órgano administrativo correspondiente³⁷. En efecto, tales materias serán objeto de negociación, como subraya el propio art. 32, «en su ámbito respectivo y en relación con las competencias de cada Administración Pública», lo que reitera el párrafo segundo del art. 35 cuando dispone que «los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que los suscriba», y el párrafo tercero del mismo artículo en el que se establece que «los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de Comunidades Autónomas u órganos correspondientes de las Entidades Locales». De este modo, como subraya la STS de 7 de noviembre de 1995 (RJ/8173), la Administración Pública está «legalmente habilitada para efectuar acuerdos y pactos con tal de que se refieran a su competencia, y sin perjuicio de que las concretas extralimitaciones que puedan apreciarse deban ser declaradas ilegales y dejadas sin efecto»³⁸. Y, a este respecto, debe recordarse que el art. 51.1 de la LRJAP obliga a la Administración Pública a respetar la reserva de ley, al determinar que «las disposiciones administrativas no podrán { ... } regular aquellas materias que la Constitución o los Estatutos de Autonomía reconocen de la competencia de las Cortes Generales o de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas»³⁹. De este modo, como la Administración Pública no puede regular las materias funcionariales reservadas a la ley, éstas tampoco pueden decidirse mediante Acuerdos o Pactos⁴⁰. En estos supuestos lo que se negocia es el contenido de los Proyectos de Ley⁴¹, de forma que la eficacia obligacional del Acuerdo se refleja en el deber del Gobierno de presentar ante el Parlamento un Proyecto de Ley redactado en términos consonantes con lo pactado⁴², aun-

³⁷ SSTS de 16 de noviembre de 1994 (RJ/555), 16 de junio de 1995 (AL núm. 1/1996) y 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564); GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos de los funcionarios públicos*, Madrid, 1994, págs. 311-312; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., págs. 261 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., págs. 262 y ss., «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., págs. 33 y ss., y «Límites en los incrementos de las retribuciones en el sector público: Ley estatal de Presupuestos, Leyes autonómicas y acuerdos colectivos», en AA.VV., *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución, Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González, Dirigido por Efrén Borrajo Dacruz*, Madrid, 2004, págs. 111 y ss.

³⁸ Idea en la que insisten las SSTS de 4 de diciembre de 1995 (RJ/1564), 10 de febrero de 1997 (RJ/1409), 30 de junio de 1997 (RJ/6138), 22 de diciembre de 1998 (RJ/315), 20 de enero de 1998 (RJ/1419) y 9 de junio de 1999 (RJ/1466).

³⁹ Cfr. art. 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

⁴⁰ GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., pág. 312; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 264; y ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 265.

Un planteamiento crítico sobre esta cuestión en ALFONSO MELLADO, C., *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, RDS, núm. 13, 2001, págs. 22-23.

⁴¹ DEL REY GUANTER, S., «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública», *RL*, núm. 11, 1991, pág. 12; GARCÍA MURCIA, J., «Marco legal y contenido de la negociación colectiva de los empleados públicos», *C*, núm. 11, 1993, pág. 159; KONINCKX FRASQUET, «Contenido y alcance de la negociación colectiva en el ámbito local tras la Ley 7/90. Control judicial», *Revista General de Derecho*, núm. 588, 1993, pág. 8129; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 308 y ss.; y SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, Madrid, 1996, págs. 229 y ss.

⁴² STS de 15 de septiembre de 1999 (RJ/3197). En el mismo sentido, ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., págs. 18-19; ALONSO CARBAJO, F., «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacio-

que, obviamente, este último no está vinculado por dicho Acuerdo, pudiendo aprobarlo, modificarlo o rechazarlo⁴³.

Sin embargo, en la relación del art. 32 de la LORAP se mezclan indistintamente las materias negociables sometidas a reserva de ley, esto es, materias respecto de las que sólo se prevé la concertación o negociación política de un proyecto de ley, y las materias negociables propiamente dichas sobre las que se prevé una verdadera y auténtica negociación colectiva con efectos vinculantes⁴⁴. Esta regulación legal, como ha quedado de manifiesto recientemente, ha sido fuente de graves conflictos jurídicos⁴⁵. Por ello, tal y como se hacía en el EBFP, habría que consagrar

nal de 7 de noviembre de 2000», AA, núm. 15, 2001, pág. 598; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública (A propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», RL, núm. 13, 2001, pág. 49; MARTÍN CONTRERAS, L., «Aspectos procesales de una polémica (Comentarios a la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los funcionarios)», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 475, 2001, pág. 2; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», RL, núm. 13, 2001, pág. 26; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia Nacional sobre el incremento retributivo de los funcionarios: crónica de un conflicto anunciado», AS, núm. 2, 2001, pág. 58; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», JL, núm. 6, 2001, pág. 50, y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., pág. 35.

En sentido contrario, PALOMAR OLMEDA, A., «Comentarios a la Ley por la que se regula la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos (Ley 7/90, de 19 de julio)», AA, núm. 23, 1991, pág. 301, quien subraya el escaso valor práctico del Acuerdo que puede ser desconocido por el propio Gobierno. En la misma línea, SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 263; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 383; y VALDÉS DAL-RE, F., «Los derechos de negociación colectiva...», cit., pág. 857.

⁴³ Cfr. SSTS de 21 de marzo de 2002 (RJ/4318 y 4319).

Y ello es debido a que constitucionalmente la Administración no puede disponer sobre la competencia legislativa. La del Estado corresponde a las Cortes Generales (art. 66 CE), siendo una competencia propia que no es susceptible de delegación ni de transacción. En este sentido, el art. 88.1 de la LRJAP establece que los acuerdos o pactos no pueden versar «sobre materias no susceptibles de transacción». En esta línea, se expresan PALOMAR OLMEDA, A., «Comentarios a la Ley...», cit., pág. 301; GÓMEZ CABALLERO, P., *Los derechos colectivos...*, cit., pág. 309; SALA FRANCO, T. y ROQUETA BUJ, R., *Los derechos sindicales...*, cit., pág. 263; ROQUETA BUJ, R., *La negociación colectiva...*, cit., pág. 255; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho de la función pública*, cit., págs. 229 y ss.; VALDÉS DAL-RE, F., «Los derechos de negociación...», cit., pág. 857; ALONSO CARBAJO, F., «Comentario a la Sentencia...», cit., pág. 598; GALLEGO ANABITARTE, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre retribución de funcionarios: entre el comentario político y el análisis jurídico», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 473, 2001, pág. 3; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos...», cit., págs. 54 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., «Retribuciones de los funcionarios públicos, acuerdos políticos y leyes de presupuestos», AS, núm. 20, 2001, pág. 49; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia...», cit., pág. 58; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento...», cit., pág. 50, y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., pág. 36.

En sentido contrario, aunque no de modo concluyente, se expresan ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., pág. 26; y MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La eficacia de la negociación...», cit., págs. 30 y ss.

⁴⁴ RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Ley y negociación...», cit., pág. 16; y SALA FRANCO, T., «La negociación colectiva en el empleo público», cit., págs. 130-131.

⁴⁵ Cfr. SAN de 7 de noviembre de 2000 (RJCA/2585) y SSTS de 21 de marzo de 2002 (RJ/4318 y 4319). Sobre este particular véanse ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., págs. 9 y ss.; ALONSO CARBAJO, F., «Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional...», cit., págs. 577 y ss.; DE BORJA LÓPEZ-

a nivel legal y de modo expreso la distinción entre la pseudo-negociación o legislación prenegociada y la negociación colectiva propiamente dicha (art. 89.1) y subrayar la distinta naturaleza y eficacia de los instrumentos negociales según afecten o no a materias sometidas a reserva legal (art. 90.3 EBFPP)⁴⁶.

- e) En cuanto a los límites a que está sujeta la negociación colectiva propiamente dicha hay que señalar que, aunque el art. 32 de la LORAP no hace mención expresa al necesario respeto de las leyes por los Acuerdos y Pactos, es evidente que éste constituye un límite de la autonomía colectiva⁴⁷, así como la satisfacción del interés público que tiene encomendada la Administración⁴⁸, tal y como prescribe con carácter general el art. 88.1 de la LRJAP⁴⁹. La posición claramente subordinada que los instrumentos negociales ocupan en el ordenamiento jurídico comporta respecto a la ley restricciones en la esfera de la actividad negocial⁵⁰. En este sentido, debe significarse que las reglas determinan la relación entre los acuerdos negociales y la ley son una transposición de las que rigen la relación ley-reglamento. Lo cual significa, en primer lugar, que la negociación colectiva no puede abordar aquellos aspectos que están ya predeterminados por la ley o sobre los que recae reserva de ley (arts. 51.1 y 62.2 LRJAP)⁵¹. Y, en segundo lugar, que a la negociación colec-

JURADO ESCRIBANO, F., «El control judicial sobre el incremento de las retribuciones de los funcionarios», AS, núm. 20, 2001, págs. 25 y ss.; GALLEGO ANABITARTE, A., «La Sentencia de la Audiencia Nacional...», cit., págs. 1 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos colectivos...», cit., págs. 39 y ss.; MARTÍN CONTRERAS, L., «Aspectos procesales de una polémica...», cit., págs. 1 y ss.; MARÍN ALONSO, I., «La congelación salarial de los funcionarios públicos mediante determinación unilateral del correspondiente ministro para las Administraciones Públicas. A propósito de la SAN de 7 de noviembre 2000», AS, núm. 20, 2001, págs. 51 y ss.; MARTÍN JIMÉNEZ, R., «Retribuciones de los funcionarios públicos...», cit., págs. 43 y ss.; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., «La eficacia de la negociación colectiva...», cit., págs. 17 y ss.; MARTÍNEZ LÓPEZ, J.L., «Imperio de la Ley, retribuciones funcionariales y *prudencia iuris* de nuestros jueces» (I y II), *Diario La Ley*, núm. 5258 y 5259, 2001; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia Nacional...», cit., págs. 51 y ss.; RODRÍGUEZ RAMOS, M.^a J., «Erase una vez [...] la negociación colectiva de los funcionarios públicos», AS, núm. 20, 2001, págs. 31 y ss.; ROQUETA BUI, R., «La negociación del incremento de las retribuciones...», cit., págs. 39 y ss., y «Las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2002...», cit., págs. 13 y ss.; y GORELLI HERNÁNDEZ, J., «Negociación colectiva y retribución de los funcionarios públicos (a propósito de la STS de 21 marzo 2002 [RJ 2002, 4319]), AS, V/2002, págs. 1005 y ss.

⁴⁶ ROQUETA BUI, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., pág. 625; y SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», AL, núm. 32, 2000, pág. 534.

⁴⁷ Así, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos», RL, núm. 19, 1990, pág. 95. En el mismo sentido, las SSTS de 14 de febrero de 1992 (RJ/988) y 12 de noviembre de 1993 (RJ/8690).

⁴⁸ Así, GARCÍA FERNÁNDEZ, M., «Capacidad convencional de las Administraciones Públicas (Sentencia del Juzgado de lo Social, núm. 19, de Barcelona, de 12 de noviembre de 1990)», AL, núm. 6, 1991, pág. 283.

⁴⁹ Ver DELGADO PIQUERAS, *La Terminación Convencional del Procedimiento Administrativo*, Pamplona, 1995, págs. 192 y ss.

⁵⁰ Ver GARRIDO CUENCA, «Una aproximación jurisprudencial al problema de los límites materiales de la negociación en el ámbito de la función pública de las corporaciones locales», REALA, núm. 255-256, 1992, págs. 895 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos...*, cit., págs. 308 y ss.; MONTORO CHINER, «Para la reforma del empleo público: nueve proposiciones», RAP, núm. 136, 1995, págs. 196-197; y las SSTS de 14 de febrero de 1992 (RJ/988) y 12 de noviembre de 1993 (RJ/8690).

⁵¹ Cfr. la STCO 99/1987, de 11 de junio.

tiva le corresponde, en consecuencia, una competencia de detalle, de especificación de puntos abordados legalmente o, cuando ello sea el caso, de ordenación de cuestiones no tratadas por la ley, que le sean reenviadas, expresa o implícitamente, aunque siempre, en uno u otro caso, con respeto absoluto a lo regulado por ésta. Los Acuerdos y Pactos pueden desarrollar la ley en sentido acorde a lo dispuesto en ésta, matizar y concretar sus líneas generales, pero no modificarla ni mejorarla⁵², a menos que ella lo autorice⁵³.

Se ha dicho que se podría haber sido más flexible, más laboral, en la interpretación de una institución trasplantada desde el terreno laboral, entendiendo que el art. 32 de la LORAP implicaba la dispositivización cara a la negociación colectiva de ciertos aspectos del régimen de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos⁵⁴. Sin embargo, aparte de que dada la reserva legal en materia funcional, corresponde en todo caso al legislador determinar el alcance imperativo de todos y cada uno de los preceptos legales que constituyen el Estatuto de la Función Pública, no puede pasarse por alto el hecho de que si fracasa la negociación la Administración recupera su posición de supremacía regulando por sí misma y unilateralmente las condiciones de trabajo (art. 37.2 LORAP). Ahora bien, lo que sí es cierto es que el Estatuto de la Función Pública está integrado por un elevado número de normas de configuración heterogénea e, incluso, inacabada en muchos casos; muchas de ellas, además, al ser anteriores a la LORAP, no contienen declaración alguna en torno a la naturaleza jurídica de sus preceptos. Todo ello dificulta extraordinariamente la labor de los sujetos negociadores. De ahí, la urgente necesidad de un nuevo Estatuto de la Función Pública que ponga fin a la gran dispersión y vacíos normativos del actual y que, además, proceda a la calificación de sus preceptos como absolutamente imperativos, mínimos imperativos o dispositivos, «posibilitando así una negociación colectiva segura y sin sombra de duda sobre las materias reguladas en los dos últimos tipos de preceptos, de manera que se eviten las impugnaciones de los pactos y acuerdos colectivos por razones de seguridad»⁵⁵.

5. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

El tratamiento tan escaso y, hasta cierto punto, simple de que ha sido objeto la negociación colectiva funcional se va a manifestar especialmente en todo lo relacionado con

⁵² SSTs de 14 de febrero de 1992 (RJ/988), 12 de noviembre de 1993 (RJ/8690) y 14 de octubre de 1998 (RJ/7543).

⁵³ Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La aplicación de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en las Administraciones Públicas», *TS*, núm. 73, 1997, págs. 58 y ss., «La participación de los empleados públicos de la Administración General del Estado en materia de prevención de riesgos laborales», *AA*, núm. 16, 2000, págs. 567 y ss., y «Los derechos y garantías sindicales en la negociación colectiva funcional», *AA*, núm. 35, 2002, págs. 720 y ss.

⁵⁴ ALFONSO MELLADO, C., «Cuestiones actuales en torno a los derechos colectivos de los empleados públicos», *TS*, núm. 120, 2000, págs. 21 y ss.

⁵⁵ Cfr. SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas», *AL*, núm. 32, 2000, pág. 534. En parecidos términos se expresa RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Ley y negociación...», cit., págs. 16-17.

el proceso negocial, desde los motivos que pueden alegarse para no negociar hasta los aspectos básicos de la negociación de buena fe. Ciertamente, incluso, cuando, como es en el caso del derecho de negociación colectiva, se defiende una determinada autolimitación en la regulación legal del proceso negocial a favor de la autonomía colectiva, el legislador se ha excedido en su contención. Las lagunas señaladas no se pueden justificar con el argumento de que su concreción pertenece a la esfera de la normativa reglamentaria o convencional. Son aspectos que cumplen todas y cada una de las condiciones para tener una ordenación legal al respecto: son de orden público negocial, necesitan ser homogéneos a todo el sistema y deben ser sustraídos en cada proceso negocial. Por consiguiente, se está ante pura y sencillamente ausencias de ordenación que resultan difíciles de explicar desde un punto de vista estrictamente jurídico. De esta forma, se corre el riesgo de que las partes negociadoras se centren en cuestiones meramente procedimentales, desviando su atención de los temas auténticamente relevantes.

Y así, entre otras operaciones, el legislador debería:

- a) Clarificar quiénes y con arreglo a qué requisitos pueden abrir el proceso negociador⁵⁶.
- b) Consagrar a nivel legal y de modo expreso, lo que en la actualidad debe deducirse a partir de la interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, a saber: que las partes están obligadas no sólo a negociar, sino, además, a hacerlo de buena fe⁵⁷. También habría que determinar cuáles son las manifestaciones del deber de negociar de buena fe y las sanciones al incumplimiento de dicho deber⁵⁸.
- c) Colmar la laguna que, en punto al régimen de adopción de acuerdos negociales presenta la LORAP; laguna especialmente problemática respecto de la representación sindical, habida cuenta el carácter parcial de la misma⁵⁹.
- d) Incorporar al texto legal el criterio mantenido por la doctrina a propósito del orden que ha de seguirse en la utilización de las medidas legales arbitradas por la LORAP para solventar los supuestos de desacuerdo en la negociación. Tales medidas son la determinación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos por parte del órgano de gobierno correspondiente y la apertura de una segunda fase de negociación con la mediación de un tercero imparcial. La LORAP no establece las preferencias respectivas de estas dos vías de solución, de modo que la elección entre una y otra queda a la libre disposición de las partes negociadoras y, más concretamente, de la Administración Pública. Esta solución no respeta el Convenio núm. 151 de la OIT, «sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública», ratificado por España, cuyo art. 8 exige que los conflictos novatorios sean resueltos por medio de la negociación o mediante procedimientos independientes e imparciales. Por ello, pese a la literalidad de la LORAP, la

⁵⁶ Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 627-628.

⁵⁷ Cfr. art. 80.3 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

⁵⁸ Cfr. ALFONSO MELLADO, C., «La negociación colectiva...», cit., págs. 24 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos...», cit., págs. 47 y ss., y 59 y ss.

⁵⁹ Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., pág., 628.

doctrina considera que el sistema de regulación unilateral constituye el «último paso» en la determinación de las condiciones de trabajo; línea en la que se situaba el art. 90.7 del EBF, conforme al cual, en caso de desacuerdo, primero habría de intentarse la mediación, si lo solicitara una de las partes negociadoras, y, sólo cuando ésta fracasara, podría el órgano de gobierno correspondiente dictar un reglamento para suplir el consiguiente vacío normativo.

- e) Habilitar a los miembros de las mesas de negociación para establecer procedimientos no sólo de mediación, sino también de arbitraje voluntario⁶⁰. En la actualidad las partes negociadoras no pueden designar, de común acuerdo y libremente, a un tercero para que dirima, merced a una resolución de obligado cumplimiento, el conflicto de intereses que las enfrenta, ya que la actuación de la Administración Pública está sometida al principio de legalidad y la Ley no contempla tal posibilidad⁶¹. De someterse la Administración a un arbitraje de interés el mismo sería ilegal por atentatorio al principio de irrenunciabilidad de sus competencias (art. 12.1 LRJAP). Para que las AA.PP. puedan someterse a un arbitraje voluntario es preciso que la ley les habilite para ello, tal y como pretendía el art. 91 del EBF⁶².
- f) Terciar en la polémica suscitada a propósito de si el contenido de los Acuerdos aprobados debe recogerse o no en un reglamento de contenido idéntico y precisar las razones en virtud de las cuales el órgano de gobierno puede desaprobado o no ratificar los Acuerdos⁶³, teniendo en cuenta a tales efectos que éste, si sus representantes han seguido sus instrucciones, no puede eludir la aplicación de los principios de «buena fe» y «no venire contra factum proprium», por lo que no puede llevar a cabo un control de oportunidad sino tan solo de legalidad. Es decir, únicamente puede desaprobado el Acuerdo alcanzado en sede negociador por motivos tan específicos como son la ilegalidad del Acuerdo, la «desviación» respecto de las instrucciones dadas a sus representantes en la mesa negociadora o el cambio absoluto y radical de las circunstancias que rodearon la negociación.

6. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA CONJUNTA DE FUNCIONARIOS Y TRABAJADORES

La negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores permite sortear muchos de los problemas que la dualidad de sistemas de negociación —funcionarial y laboral— plantea en la gestión de personal, reducir los costes de las negociaciones y aproximar los regímenes jurídicos aplicables a los funcionarios y trabajadores de las AA.PP., elimi-

⁶⁰ ALFONSO MELLADO, C., «Cuestiones actuales en torno...», cit., pág. 23; SALA FRANCO, T., «Las relaciones laborales...», cit., pág. 534, y «Acerca de la posibilidad de establecer autónomamente procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales en las Administraciones Públicas», *AL*, núm. 48, 2000, págs. 94 y ss.

⁶¹ Por todos, TRAYTER, J.M., «El arbitraje de Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 143, 1997, págs. 75 y ss.; y GONZÁLEZ PÉREZ, J., «La transacción en el Proyecto de Ley en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *RAP*, núm. 145, 1998, págs. 7 y ss.

⁶² Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 629-630.

⁶³ Cfr. ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 630-631.

nando aquellas diferencias de régimen injustificadas⁶⁴. A pesar de la inexistencia de un marco que proporcione cobertura legal a la negociación colectiva conjunta de funcionarios y trabajadores, estas prácticas negociales suelen ser habituales en el ámbito de las EE.LL.⁶⁵. Sin embargo, dicha negociación debe materializarse en instrumentos negociales distintos y formalmente separados según afecten al personal funcionario o al laboral, esto es, en Acuerdos o Pactos y en convenios colectivos, respectivamente. De no actuarse de este modo, se corre el riesgo de que el acuerdo sea declarado nulo, pues el Tribunal Supremo considera inviable la articulación unitaria de los pactos que engloben conjuntamente a funcionarios y trabajadores⁶⁶. Y, si se quiere dar un tratamiento igualitario a las relaciones de trabajo funcionariales y laborales, dicho igualitarismo puede obtenerse por la vía de incluir en el Acuerdo o Pacto y en el convenio colectivo una cláusula en la que se vincule la suerte de ambos, de forma que la nulidad global o parcial de uno de ellos declarada por la jurisdicción correspondiente determine la necesidad de renegociar el acuerdo o la cláusula en cuestión en relación a todo el personal tanto funcionarial como laboral.

El art. 93.1 del EBFPP venía a proporcionar cobertura legal a los acuerdos mixtos para los funcionarios y trabajadores de las EE.LL., al permitir que «para la negociación de todas aquellas materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral de las Administraciones Públicas», pudiera constituirse «para una o varias Administraciones Públicas un órgano de negociación común, compuesto en su parte social de acuerdo con los resultados de las elecciones a órganos de representación del personal fun-

⁶⁴ Una valoración favorable a la negociación colectiva conjunta del personal funcionarial y laboral de las AA.PP. en ROQUETA BUJ, R., «Las relaciones entre los sistemas de negociación colectiva laboral y funcionarial en la Administración Pública», en AA.VV., *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales. XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Madrid, 1994, págs. 155 y ss.

⁶⁵ Cfr. art. 61.3 del RD 370/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del personal de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, SA.

⁶⁶ Sobre este tema ver, por todos, ROQUETA BUJ, R., «Las relaciones...», cit., págs. 137 y ss., y «Los Acuerdos mixtos para los trabajadores y funcionarios de las Entidades Locales», *REALA*, núm. 280-281, 1999, págs. 291 y ss.; LÓPEZ GÓMEZ, J.M., *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Madrid, 1995, págs. 427 y ss.; RIVERO LAMAS, J., «El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 6-7, 1995, págs. 115 y ss.; DEL SAZ, S., *Contrato laboral y...*, cit., págs. 102 y ss.; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La Negociación...*, cit., págs. 65 y ss.; MANZANA LAGUARDA, R., *Derechos y...*, cit., págs. 268 y ss.; DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, C., «Criterios jurisprudenciales recientes...», cit., págs. 18 y ss.; RUANO RODRÍGUEZ, L., *Constitución, Función Pública y Empleo Laboral*, Pamplona, 1998, págs. 110 y ss.; MARÍN ALONSO, I., *La negociación colectiva conjunta...*, cit., págs. 3 y ss.; MARTÍN PÉREZ, P.A., «La negociación colectiva...», cit., págs. 1058 y ss.; SALA FRANCO, T., «Conflictos laborales en las Administraciones Públicas y jurisdicción competente. ATS 22 de marzo de 1999», *AL*, núm. 5, 2000, págs. 65 y ss.; GÓMEZ CABALLERO, P., «La vinculación de los acuerdos...», cit., pág. 57; MARÍN ALONSO, I., «La congelación salarial...», cit., págs. 66 y 67; MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., «La sentencia de la Audiencia...», cit., págs. 54 y ss.; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «Hacia una negociación colectiva conjunta de trabajadores y funcionarios al servicio de la Administración Pública», en AA.VV., *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas (Volumen II), XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid, 2001, págs. 133 y ss.; y ROQUETA BUJ, R., «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios...», cit., págs. 69-70, y «Las sentencias del Tribunal Supremo...», cit., págs. 38 y ss.; las SSTS de 22 de octubre de 1993 (RJ/7544), 24 de enero de 1995 (RJ/1523), 9 de febrero de 1998 (RJ/2110) y 16 de julio de 1998 (RJ/7021); las SSTSJ de Asturias de 18 de mayo de 1998 (RJ/1758) y 19 de abril de 1999 (RJ/961); la STSJ de Extremadura de 16 de abril de 2002 (AS/1826); y la SAN de 17 de mayo de 2001 (JUR/295656).



cionario y laboral y de conformidad con los criterios establecidos en los artículos 86 y 88»⁶⁷. Se admitía, de este modo, la constitución de Mesas de negociación comunes para los funcionarios y trabajadores al servicio de una o varias AA.PP. El art. 93.1 del EBFP mereció una valoración positiva por parte del Consejo de Estado, pero con reservas. En efecto, el mismo, aunque reconoce que «ciertamente existen materias que «per se» son comunes a ambos colectivos de empleados públicos (así, la prevención de riesgos comunes) y que justifican la existencia de dichos órganos», entiende que, «ante la indeterminación en concreto de las materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, se corre el riesgo de llevar al terreno común aspectos que en un principio no lo son».

En cuanto a la naturaleza de los acuerdos alcanzados, el inciso final del art. 93.1 del EBFP disponía que los mismos tendrían «la consideración y efectos previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral y en el artículo 90 de esta Ley para los funcionarios» y que se formalizarían en los instrumentos que correspondiera en cada caso. Así pues, se reconocía la naturaleza jurídica dual de los pactos y acuerdos alcanzados en este tipo de mesas de negociación y la necesidad de que los mismos se formalizaran en instrumentos negociales separados.

⁶⁷ Para una mayor información sobre esta disposición ver ROQUETA BUJ, R., «La negociación colectiva en el proyecto...», cit., págs. 632 y ss.