

ESPECIALIDADES DE LOS PROCEDIMIENTOS AUTÓNOMOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Conflictos colectivos; sistemas extrajudiciales solución; mediación obligatoria; arbitraje voluntario

Con la ratificación por nuestro país del Convenio 151 de la OIT se dio un último impulso para acoger en el seno de nuestro ordenamiento jurídico, una regulación para el establecimiento de sistemas de solución extrajudicial que permitiera resolver conflictos colectivos de trabajo surgidos a consecuencia de las discrepancias que puedan aparecer en los procesos de negociación colectiva o con la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos reguladores de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Un primer intento se produjo con la Ley 9/1987, de 12 de junio (LOR), en el que se reguló el procedimiento de la mediación. El segundo intento más decidido y completo para el establecimiento de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos para los funcionarios públicos se produce con la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), que realiza una regulación para aproximarse a la del ámbito laboral con la admisión de la mediación obligatoria y el arbitraje voluntario. Después del tiempo transcurrido, el esfuerzo del legislador por implantar estos sistemas no está dando en la práctica los frutos esperados dada la ausencia de acuerdos que permitan la creación, configuración y desarrollo de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos de los funcionarios públicos.

ABSTRACT

Key words: Collective labor disputes; extrajudicial solution systems; mandatory mediation; voluntary arbitration

With the ratification by our country of ILO Convention 151, a last impulse was given to accept within our legal system, a regulation for the enactment of extrajudicial solution systems that allow resolving collective labor disputes arising as a result of discrepancies that may appear in collective bargaining processes or with the interpretation and application of Pacts and Agreements regulating the working conditions of public officials. A first attempt was made with Law 9/1987, of June 12 (LOR), in which the mediation procedure was regulated. The second most determined and complete attempt to enact extrajudicial systems for solving collective disputes for public officials occurs with Law 7/2007, of April 12, of the Basic Statute of Public Employees (EBEP), which provides a regulation that resembles that of the work environment due to the admission of mandatory mediation and voluntary arbitration. After the elapsed time, the efforts of the legislator to implement these systems are not yielding the expected results in practice, given the absence of agreements that allow the creation, configuration and development of extrajudicial systems for the resolution of collective conflicts of public officials.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 45 EBEP
3. LOS TIPOS DE CONFLICTOS COLECTIVOS QUE PUEDEN SOMETERSE A LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL
 - 3.1. Conflictos jurídicos
 - 3.2. Conflictos de interés
4. LEGITIMACIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS
 - 4.1. Legitimación para negociar
 - 4.2. La formalización de los acuerdos
5. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE
 - 5.1. La mediación obligatoria
 - 5.2. El arbitraje voluntario
 - 5.3. La eficacia jurídica de los acuerdos en la mediación y del laudo arbitral
 - 5.4. La impugnación de los acuerdos de mediación y de la resolución arbitral

1. INTRODUCCIÓN

La ratificación por nuestro país del Convenio 151 OIT supuso el último impulso que precisaba el desarrollo del derecho de libertad sindical de los funcionarios públicos, previsto en el art. 28.1 y en el art. 103.3 CE, y recogido en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical. El Convenio 151 OIT sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, prescribe en su Parte V que “la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de empleo se deberá tratar de lograr, de manera apropiada a las condiciones nacionales, por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos independientes e imparciales, tales como la mediación, la conciliación y el arbitraje, establecidos de modo que inspiren la confianza de los interesados” [art. 8].

En cumplimiento de los preceptos constitucionales y con la finalidad de dar cumplimiento al Convenio 151 OIT, el legislador nacional acometió una primera regulación en 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 (en adelante LOR). En el art. 38 de esta norma se regulaba por primera vez la posibilidad de que las Administraciones Públicas y los sindicatos, pudieran nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores, cuando no fuese posible llegar a un acuerdo en la negociación o surgieran

conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos y Pactos¹. Esta regulación era lo mínimo que se podía esperar para dar respuesta al compromiso adquirido con la ratificación del Convenio 151 OIT, pues solo recoge uno de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos como es la mediación.

Aprovechó el legislador la aprobación de Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), para introducir una regulación más completa sobre el establecimiento de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos para los funcionarios públicos, tratando de aproximarse a la regulación existente en el ámbito laboral. El art. 45 que es el precepto que acoge esta regulación presenta diversos puntos de interés que precisan de análisis para alcanzar una interpretación adecuada.

En cualquier caso, la regulación sobre el establecimiento de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos no ha tenido el desarrollo que hubiera sido deseable en el ámbito de los funcionarios públicos. Estos sistemas hubieran aportado instrumentos beneficiosos para la solución de los conflictos colectivos de trabajo de manera más rápidas y eficaz. A los hechos nos podemos remitir; si examinamos los últimos acuerdos ASEC podemos comprobar como ha habido más buenas intenciones que resultados².

¹ En su primera redacción el art. 38 decía lo siguiente: «1. Para resolver los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los Pactos o Acuerdos, las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales y Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán instar el nombramiento de un mediador que será nombrado de común acuerdo y podrá formular la correspondiente propuesta.2. La negativa de las partes a aceptar las propuestas presentadas por el mediador habrá de ser razonada y por escrito, del que se enviará copia a ambas partes en el plazo de quince días.3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato». Este texto tuvo nueva redacción en virtud del artículo único de la Ley 7/1990, de 19 de julio, quedando redactado así: “1. Las Administraciones Públicas y los Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos.2. La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato.”

² Ejemplo de lo que afirmamos es el IV Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de 2009. Disposición adicional tercera. En el seno de la Comisión de Seguimiento del presente Acuerdo se analizarán las posibilidades y fórmulas que, sin alterar el ámbito del ASEC, puedan contribuir a la aplicación de la experiencia acumulada en solución de conflictos a:.....Los conflictos colectivos entre el personal laboral y funcionarios públicos y las Administraciones para las que prestan sus servicios.

Y también el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (sistema extrajudicial), 2012. Disposición adicional tercera. En el seno de la Comisión de Seguimiento del presente

2. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ART. 45 EBEP

Desde un principio por la doctrina se ha cuestionado el ámbito de aplicación del art.45 regulador de la solución extrajudicial de conflictos colectivos, planteándose el interrogante de si el precepto es aplicable a todos los empleados públicos o, si por el contrario, era aplicable solamente a los funcionarios. La duda es más que razonable dado que el precepto no hace mención a ningún colectivo de empleados públicos. La duda se acrecienta en relación con el personal laboral cuando la norma estatutaria establece con carácter general que el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá por la legislación laboral, por las demás normas convencionalmente aplicables y por los preceptos del EBEP “que así lo dispongan” [art. 7]; y, específicamente, en materia negociación colectiva relacionada íntimamente con los conflictos de trabajo, los empleados públicos con contrato laboral se rigen por la legislación laboral “sin perjuicio de los preceptos de este capítulo (el IV del Título III) que *expresamente* les son de aplicación” [art. 32.1].

Es una cuestión central en la interpretación del precepto determinar si es aplicable a todos los empleados públicos o solamente a los funcionarios con exclusión del personal laboral. La cuestión es importante pues de ello depende que se apliquen solamente a los funcionarios o también al personal laboral las peculiaridades que concurren en la norma, lo que supondría para este personal dejar de estar sometido, en este aspecto, a la legislación laboral.

Un sector de la doctrina se inclina por interpretar que el art. 45 es aplicable exclusivamente a los funcionarios públicos lo que, a su entender, se deduce de la literalidad del precepto en el que se habla de Pactos y Acuerdos colectivos de funcionarios³, a lo que se puede añadir que para que un precepto sea aplicable al personal laboral es preciso que lo indique expresamente el mismo precepto, lo que lleva a descartar su aplicación al personal laboral⁴. Sin embargo, también se ha

Acuerdo se analizará y acordará en su caso, la incorporación al mismo de:..... b) Los conflictos colectivos entre los empleados públicos y la Administración General del Estado y los organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes o vinculadas para los que prestan sus servicios, siempre que así lo establezcan mediante acuerdo de adhesión expresa, adoptado en aplicación del artículo 45 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público y su legislación de desarrollo. Asimismo, y con los mismos requisitos, los conflictos colectivos del personal laboral de la Administración General del Estado sometidos al ordenamiento laboral.

³ Cfr. Sala Franco, T. “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, Dr. Sánchez Morón, 2ª Edición, Lex Nova, 2008, pág. 315; Gala Durán, C. “La solución extrajudicial de conflictos colectivos (art. 45)”, en Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público, Dr. Del Rey Guanter, La Ley, 2008, pág. 503.

⁴ Cfr. Pérez Guerrero, M.L., “Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática”, Revista Temas Laborales, nº 14/2017, pág. 419.

defendido por otro sector que el art. 45 es aplicable al personal laboral, amparándose en que el propio EBEP establece la posibilidad de que los Pactos y Acuerdos pueden regular materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral⁵. A nuestro juicio, esta segunda interpretación también tiene un fundamento que no es desdeñable. El art. 45.2 se refiere a los conflictos derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el art. 37; y, por otro lado, el art. 38.8 se refiere a los Pactos y Acuerdos que de conformidad con el art. 37, contengan materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario y laboral. Es claro, por tanto, que puede haber Pactos y Acuerdos que incluyan en su ámbito de aplicación tanto a personal funcionario como a personal laboral. Se puede traer también colación la posibilidad, regulada en la norma, de constituir Mesas Generales de Negociación para la negociación de todas aquellas materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral de cada Administración Pública, sea en la Administración General del Estado, en cada una de las comunidades autónomas, en las ciudades de Ceuta y Melilla y en entidades locales [art. 36.3]. Otro argumento que juega en favor de esta opción interpretativa se puede encontrar también en el posibilidad que tienen de estar presentes en las Mesas Generales de Negociación, las organizaciones sindicales que formen parte de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, y hubieran obtenido el 10% de representantes a personal laboral en el ámbito correspondiente a la Mesa de que se trate [art. 36.3, párrafo 3º]. En este caso, son organizaciones sindicales que alcanzan la representación con el respaldo exclusivo del personal laboral y tienen derecho a formar parte de una Mesa General de Negociación para materias y condiciones de trabajo comunes al personal funcionario, estatutario y laboral.

Así pues, entendemos que puede haber razones para poder considerar más ajustado a la norma la inclusión en el art. 45 tanto del personal funcionario como del personal laboral, pues está prevista la posibilidad de concluir Pactos y Acuerdos sobre materias y condiciones de trabajo comunes a personal estatutario, funcionario y laboral. En la negociación, aplicación e interpretación de estos Pactos y Acuerdos pueden aparecer conflictos de trabajo que requieran resolución común para todos los colectivos; conflictos que tienen el mismo empleador que pacta condiciones de trabajo comunes para sus empleados con independencia

⁵ Cfr. Quintanilla Navarro, Y. “Solución extrajudicial de conflictos”, en Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, Dirs. Palomar Olmeda y Sempere Navarro, Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 359; para esta autora, estando prevista la existencia de Pactos y Acuerdo mixtos que regulen condiciones de trabajo comunes para personal funcionario y laboral, “los eventuales conflictos que surjan con motivo de esos contenidos podrán ser resueltos por las vías previstas en el art. 45 EBEP y afectarán no solo a los empleados públicos funcionariales sino también a los empleados públicos laborales incluidos en su ámbito de aplicación”.

del régimen jurídico que se aplique a su relación de trabajo⁶. En cualquier caso, hay que tomar en consideración que Pactos y Acuerdos son el resultado de la negociación de Mesas de Negociación para funcionarios y Mesas Generales de Negociación para personal funcionario y laboral; y será en cada una de estas Mesas en las que se acuerde la creación, configuración desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos relativos a la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos que puedan concluir.

Por otro lado, a nuestro modo de ver, la mención que se hace en el art. 32.1, al referirse a los preceptos que “expresamente” les son de aplicación al personal laboral, entendemos que debe ser relativizada su interpretación⁷. Es cierto que el adverbio expresamente hace referencia a una manifestación clara y detallada, pero no es menos cierto que en el Capítulo IV, del Título III, hay preceptos que son aplicables al personal laboral sin que se encuentre en ellos una mención expresa de que son aplicables a esta personal. Así sucede con el art. 37, regulador de las materias objeto de negociación, del que no cabe duda que es aplicable al personal laboral sin que encontremos una expresión exacta que responda a esta concreta denominación, aunque sí la de empleados públicos, en la que hay que considerar incluidos todos los colectivos de personal.

Por lo demás, también se puede acudir al precedente normativo. La Ley 9/1987, de 12 de junio, (LOR), también contenía un precepto que pretendía regular los conflictos surgidos en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de Pactos y Acuerdos [art. 38]. En este caso, no cabe la menor duda que la regulación que se hace sobre los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos solamente afecta a los funcionarios públicos, pues la Ley 9/1987 (LOR) se refiere exclusivamente a la participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los colectivos. La regulación cambia radicalmente con el EBEP que introduce la posibilidad de existan instrumentos convencionales de regulación de las condiciones de trabajo que incluyan a todos los empleados públicos.

El legislador liga la suerte de los instrumentos de regulación convencional sobre condiciones de trabajo comunes a personal funcionario y laboral, condicionando la vía jurisdiccional para la resolución de los conflictos colectivos con la inclusión de los funcionarios en el ámbito de aplicación. En este sentido se puede

⁶ Vid. Sala Franco, op. cit., pág. 315, que admitiendo la interpretación de que el art. 45 es aplicable solamente a los funcionarios, critica la regulación del precepto pues “parecería más lógico que ambos tipos de personal que comparten el mismo empresario (la Administración Pública), pese a su distinto régimen jurídico, compartieran también los mismos procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos...”, lo que en su opinión sería deseable de *lege ferenda*.

⁷ *Ibidem*, nota 2, Pérez Guerrero.

señalar la exclusión de la competencia de la jurisdicción social de los pactos o acuerdos por las Administraciones Públicas que sean de aplicación al personal funcionario o estatuario y laboral⁸; competencia que si tiene atribuida esta jurisdicción para conocer de los litigios que se susciten en relación con los convenios colectivos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas que sean de aplicación exclusiva al personal laboral [art. 2,h) Ley 36/2011, de 10 de octubre, LRJS].

3. LOS TIPOS DE CONFLICTOS COLECTIVOS QUE PUEDEN SOMETERSE A LA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL

Del tenor literal del art. 45 EBEP se deduce que el legislador ha legitimado en el ámbito de empleo público los dos tipos de conflicto colectivo que conocemos en el ámbito del Derecho del Trabajo. Con la expresión en la norma de que los conflictos colectivos podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el art. 37, se está recogiendo la típica clasificación de conflictos de interés (negociación) y conflictos jurídicos (aplicación e interpretación). No obstante, se exceptúan aquellas materias sobre las que exista reserva de ley.

El reconocimiento explícito en el ámbito de empleo público del derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, invita a reflexionar sobre las particularidades que pueden presentar, en particular en el caso de los funcionarios y del personal estatuario, pero también en relación con el personal laboral, si convenimos que el art. 45 es aplicable a este colectivo de personal.

De entrada, no pueden ser sometidas a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos aquellas materias sobre las que exista reserva de ley. En relación con los funcionarios existe el problema de qué materias pueden ser las que estén afectadas por la reserva de ley. El art. 103.3 CE se limita a decir que “la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”. No hay más indicación al respecto que permita presumir el contenido de esa reserva de ley. El Tribunal

⁸ Establece el art. 3, e), de la Ley 36/2011, de 10 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, que: “No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: De los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones públicas con arreglo a lo previsto en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatuario de los servicios de salud, ya sea de manera exclusiva o conjunta con el personal laboral; y sobre la composición de las Mesas de negociación sobre las condiciones de trabajo comunes al personal de relación administrativa y laboral.”

Constitucional, tempranamente, reconoció las dificultades que había para poder determinar el contenido de la reserva de ley que afecta al estatuto de los funcionarios públicos. La STC 99/1987, de 11 de junio ya dejó dicho que se trata un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, -viene a decir la doctrina del Tribunal Constitucional- la regulación de aspectos esenciales que pueden integrar el régimen jurídico de la relación de servicios de los funcionarios públicos, lo que define su relación de carácter especial con la Administración Pública desde que nace hasta que se extingue y las vicisitudes que pueden suceder en el desarrollo de la misma⁹. Pero debe ser el legislador el que dote de contenido la reserva de ley, y debe hacerlo en términos tales que sea reconocible en la ley una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional [STC 99/1987, FJ nº3]. Lo cual no excluye, en modo alguno, que pueda existir la colaboración del reglamento para complementar la regulación. Así pues, en principio, hay que pensar en que aquellas materias que tienen su regulación en el EBEP queda fuera de la posibilidad de ser sometidas a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos.

3.1. Conflictos jurídicos

En lo que se refiere a los conflictos jurídicos existen diferencias en relación con la regulación de estos conflictos en el ámbito del Derecho del Trabajo. Fundamentalmente –porque el ámbito material es mayor- en lo que se refiere

⁹ STC 99/1987, FJ nº 3: “ Es éste, desde luego, un ámbito cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y a priori, pero en el que ha de entenderse comprendida, en principio, la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción en la carrera administrativa y a las situaciones que en ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinario, así como a la creación e integración, en su caso, de Cuerpos y Escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las Administraciones Públicas, pues habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del Estatuto de los funcionarios públicos, pues todas ellas interesarán directamente a las relaciones entre éstos y las Administraciones a las que sirven, configurando así el régimen jurídico en el que pueda nacer y desenvolverse la condición de funcionario y ordenando su posición propia en el seno de la Administración. Esta normación, en virtud de la reserva constitucional a la que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador en términos tales que, de conformidad con lo antes observado, sea reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma de Ley en la labor que la Constitución le encomienda”. Esta doctrina ha sido reiterada en sucesivos pronunciamientos del Tribunal Constitucional como, entre otras, en la STC 235/2000, de 5 de octubre.

en las normas o acuerdos que pueden ser objeto de este tipo de conflictos en las normas de Derecho del Trabajo. En el caso de los empleados públicos –al menos en el caso de los funcionarios–, los conflictos jurídicos alcanzan a los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el art. 37. Queda, por tanto, reducido el ámbito material a los instrumentos convencionales que se regulan en el EBEP, Pactos y Acuerdos. Sin embargo, en el ámbito del Derecho del Trabajo pueden ser objeto de conflicto jurídico las normas jurídicas. En efecto, de acuerdo con lo previsto en el art. 153 LRJS, pueden tramitarse por el procedimiento especial de conflictos colectivos las demandas que “versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal”¹⁰. En consecuencia, no es posible someter a los sistemas extrajudiciales previstos en el art. 45 la aplicación e interpretación de una norma jurídica, quedando reducido su ámbito a Pactos y Acuerdos. Ni el EBEP, ni cualquier norma reglamentaria estatal, ni las normas sobre funcionarios públicos de ámbito autonómico, pueden ser sometidas a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos.

Cuestión distinta es que se pueda acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa, por quién esté legitimado para ello, reclamando una determinada interpretación de una norma jurídica, pero sin tener que someterse previamente a los procedimientos que establezca un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos.

3.2. Conflictos de interés

Presentan mayores dificultades de análisis. La referencia a los conflictos derivados de la negociación están legalizando los denominados conflictos de interés, expresando la norma que dichos conflictos pueden derivar de la negociación de los dos instrumentos convencionales que pueden resultar de aquella que son, los Pactos y los Acuerdos. Para hacer una interpretación adecuada del alcance que puede tener la inclusión de los conflictos de interés en el art. 45.2 hay

¹⁰ Se puede recordar que el art. 153.1 LRJS establece que: “Se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo, incluidas las que regulan el apartado 2 del artículo 40, el apartado 2 del artículo 41, y las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores igual o superior a los umbrales previstos en el apartado 1 del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, o de una práctica de empresa.....”. En el mismo sentido el Acuerdo sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales en Andalucía, de 7 de enero de 2015, contempla en su ámbito funcional los conflictos colectivos de interpretación y aplicación de normas jurídicas.

que acudir necesariamente a lo que se prescribe en el art. 38.7¹¹. En este precepto se consagra la facultad que tienen los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios si los distintos procesos de negociación o renegociación finalizan sin acuerdo y una vez, en su caso, agotados los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos¹². La facultad unilateral que se establece puede tener como consecuencia que la posibilidad de pactar sistemas extrajudiciales de solución de conflictos o, en su caso, la exigencia de acudir a alguno de ellos como la mediación obligatoria resulte en la práctica absolutamente ineficaz, pues, incluso, en este último caso la Administración Pública de que se trate pueda intentar agotar sin resultado el sometimiento a una mediación que resultaría infructuosa, a la espera de poder hacer uso de la referida facultad unilateral.

En cualquier caso, hay que tener presente que esta facultad de determinación unilateral se refiere exclusivamente a los funcionarios. En ningún momento menciona la norma al personal laboral, para el que si resultará eficaz que determinación de las condiciones de trabajo pueda realizarse en última instancia a través de los sistemas extrajudiciales que se puedan pactar.

Por otro lado, a nuestro modo de ver, el art. 38.7 invita a realizar dos posibles interpretaciones en relación a la inclusión en el mismo de Pactos y Acuerdos. El precepto atribuye la facultad de determinación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios a “los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”, sin distinguir si el fracaso en la negociación se produce en la de un Pacto o en la de un Acuerdo. Por consiguiente, resulta necesario analizar esta cuestión en relación con cada uno de estos instrumentos convencionales.

Una primera interpretación puede concluir en que el art. 38.7 se refiere exclusivamente a situaciones en las que ha fracasado la negociación sobre materias propias de los Acuerdos a los que se refiere el art. 38.3. Lo que se deduciría de dos datos: a) El inciso que expresa que “en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo...”; y, b), que la atribución de la facultad “corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas”. En cuanto

¹¹ Cfr. Gala Durán, sobre algunos aspectos controvertidos del art. 38.7 EBEP op. cit. págs. 511 y sgts

¹² Recuérdesse que el art. 38.7 EBEP dice así: “En el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo”.

al primer dato, los procedimientos de negociación y renegociación están previstos solamente para los Acuerdos; en cuanto al segundo, los Acuerdos precisan de la aprobación del órgano de gobierno correspondiente. Ni la renegociación ni la aprobación de lo acordado por los órganos de gobierno, están previstos en el EBEP en el caso de los Pactos, que versan sobre materias competencia de un órgano administrativo.

Pero puede hacerse una segunda interpretación que concluya en que el art. 38.7, puede ser aplicable también a situaciones en las que ha fracasado la negociación sobre materias propias de los Pactos. Esta interpretación puede sustentarse en los siguientes aspectos: a) El precepto se refiere al “supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación...”; y, b) sería posible que mediante el uso del instrumento de la “*avocación*” de competencias, puedan los órganos de gobierno de una Administración Pública ejercer las competencias que tenga atribuidas un órgano inferior. En cuanto al primer aspecto es obvio que para concluir un Pacto necesariamente tiene que haber una negociación; y, en cuanto al segundo, está previsto legalmente la utilización de la figura de la *avocación* que opera en las relaciones competenciales que pueden existir entre los órganos administrativos. Así lo tiene previsto en la actualidad la vigente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)¹³. En consecuencia, atendiendo a lo anterior sería admisible que los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas puedan determinar unilateralmente las condiciones de trabajo sobre materias propias de una Pacto, cuya competencia para negociarlas esté atribuida a un órgano administrativo.

Llegados a este punto en el que como hemos visto los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas tienen atribuida la facultad de determinar unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios, queda abierta la cuestión de la situación distinta que se produciría entre el personal funcionario y el personal laboral cuando se pretenda negociar sobre materias y condiciones de trabajo comunes y se produzca un bloqueo o desencuentro en la negociación. La salida más razonable está en hacer efectivo lo previsto en el art. 45, mediante la negociación y conclusión de acuerdos sobre sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos.

¹³ Esta Ley establece en el Artículo 10. “*Avocación.1. Los órganos superiores podrán avocar para sí el conocimiento de uno o varios asuntos cuya resolución corresponda ordinariamente o por delegación a sus órganos administrativos dependientes, cuando circunstancias de índole técnica, económica, social, jurídica o territorial lo hagan conveniente. En los supuestos de delegación de competencias en órganos no dependientes jerárquicamente, el conocimiento de un asunto podrá ser avocado únicamente por el órgano delegante.*”

4. LEGITIMACIÓN Y FORMALIZACIÓN DE LOS ACUERDOS SOBRE SISTEMAS EXTRAJUDICIALES DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COLECTIVOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

4.1. Legitimación para negociar

La determinación de las partes legitimadas para poder negociar los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de los funcionarios también presenta su complejidad. El art. 45 atribuye la legitimación para negociar los acuerdos sobre la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos a “las Administraciones Públicas y a las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo”.

En lo que se refiere a las Administraciones Públicas hay que identificarlas con aquellas que tienen reconocida legitimación para negociar en el art. 34 EBEP, esto es, la Administración General del Estado, así como la de cada una de las Comunidades Autónomas, las ciudades de Ceuta y Melilla y las Entidades Locales. A estas habría que añadir las asociaciones de municipios, así como las Entidades Locales de ámbito supramunicipal, dado que tienen reconocida capacidad para negociar¹⁴.

Las organizaciones sindicales a las que el art. 45 legitima para negociar acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos son aquellas a las que atribuye legitimación inicial el art. 33.1, párrafo 2º, EBEP. Esto es, las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal, las organizaciones sindicales más representativas a nivel de comunidad autónoma, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución. En definitiva, aquellas organizaciones sindicales que tienen reconocida capacidad representativa en los arts. 6.3.,c), 7.1 y 7.2 de la Ley 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

Se ha defendido doctrinalmente que para que sean válidos los acuerdos para establecer los sistemas de solución extrajudicial bastará el acuerdo entre la correspondiente Administración Pública y uno o más sindicatos legitimados para negociar, aunque sean minoritarios¹⁵. Así pues, de acuerdo con esta interpretación Administraciones Públicas y organizaciones sindicales pueden negociar, al margen de las Mesas de Negociación previstas en la norma, un acuerdo de

¹⁴ Cfr. En el mismo sentido que Gala Durán, op. cit., pág.504.

¹⁵ Cfr. Gala Durán, op. cit., pág. 506, que no obstante, agrega que la importancia de la materia y su carácter específico aconsejan alcanzar el mayor consenso posible si se quiere dotar de la máxima estabilidad, utilidad y futuro a los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del empleo público.

solución extrajudicial de conflictos que obligaría a todas las demás organizaciones sindicales, aunque el sindicato firmante sea minoritario. A nuestro modo de ver, esta interpretación no es adecuada porque la capacidad de las organizaciones sindicales para negociar se reconoce para ejercerla en las Mesas de Negociación. La legitimación para negociar colectivamente se reconoce a las Administraciones Públicas y a las organizaciones sindicales para que sea ejercida en el ámbito de las Mesas de Negociación. El art. 45 no da ninguna indicación del procedimiento que debe observarse en ese proceso negociador, lo que con todas las deficiencias que se quiera está previsto para la actividad negociadora de las Mesas de Negociación.

En todo caso, la organización sindical que se considere legitimada, debe tener capacidad para negociar. Como sucede en el ámbito laboral en el ámbito de la negociación colectiva funcionarial se puede distinguir entre legitimación inicial (art. 33.1, párrafo 21) y legitimación plena (art. 35.1). El sindicato que puede ejercer su capacidad para negociar es aquel que alcanza la legitimación plena, imprescindible para que los acuerdos puedan ser válidos y eficaces; y podrá negociar, con independencia de que después suscriba o no el acuerdo. En este sentido es como hay que abordar la interpretación de la mención a “las organizaciones sindicales a las que se refiere el presente capítulo” [art. 45.1], que debe ser entendida como las organizaciones sindicales que participen de la legitimación plena para ejercer su capacidad negociadora para alcanzar acuerdos válidos; estas son las organizaciones sindicales que “podrán acordar” la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos para el ámbito funcionarial¹⁶. No es ajustado a la norma interpretar que cualquier sindicato que tiene legitimación inicial puede negociar unilateralmente con la Administración Pública¹⁷, pues en este caso, la Administración Pública de que se trate podrá elegir al sindicato con el que más le interese negociar un acuerdo de solución extrajudicial de conflictos, que podría ser el de menor respaldo funcionarial.

¹⁶ Cfr. Quintanilla Navarro, op. cit., pág. 36, que parece inclinarse por esta interpretación cuando señala que aunque “no se dispone el procedimiento de negociación del acuerdo, pero dada la remisión a las organizaciones sindicales y a las materias objeto de negociación del Capítulo IV, podemos entender que también se procederá en virtud de las reglas sobre negociación colectiva de dicho Capítulo”.

¹⁷ Vid. Al respecto Pérez Guerrero, op. cit. 435-436, que se inclina por considerar que deberían respetarse las reglas de legitimación para negociar que recoge el propio capítulo IV del EBEP; y añade como razón de fondo las dificultades que existirían en aplicar los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos si no participan de su establecimiento todas las organizaciones sindicales representativas.

Por tanto, nos parece que es más ajustada a la norma la interpretación que contemple que los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos de los funcionarios, deben abordarse en las Mesas de Negociación, que estén válidamente constituidas conforme al art. 35 EBEP. En las Mesas tendrán representación todas las organizaciones sindicales que tengan legitimación inicial en proporción a su representatividad. Cuestión distinta es que participando todas las organizaciones sindicales de la legitimación plena, tengan que suscribir todas o una mayoría los acuerdos que se hayan negociado para que sean válidos. En este caso, con la regulación existente, en la que no se determinan reglas para la válida aprobación de los acuerdos, sería admisible que el acuerdo sobre sistemas extrajudiciales de solución de conflictos los suscriba un solo sindicato. Pero siempre en el ámbito de una Mesa de Negociación.

4.2. La formalización de los acuerdos

Siguiendo las recomendaciones de la Comisión de Expertos, el art. 45 EBEP va más allá que el art. 38 LOR¹⁸, con la finalidad de aproximarse más en este aspecto a la regulación existente en el ámbito laboral. El art. 38 LOR no hacía mención a la forma y el ámbito y al modo en que podían adoptarse los acuerdos entre las Administraciones Públicas y los sindicatos, para nombrar un mediador o mediadores cuando surgían conflictos en la negociación o en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. En el fondo este precepto está haciendo mención a uno de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos como es la mediación, pero parece que el legislador del momento, probablemente, sintió la necesidad de ser remiso en la tarea de redactar la norma guiado por la idea de no realizar una regulación que pudiera ser considerada excesivamente novedosa para el ámbito funcionarial, y obvió que se mencionase expresamente la expresión “sistemas extrajudiciales de solución de conflictos”. Desde luego parece más adecuado marcar el contexto en el que puedan articularse los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos, que no es otro que el establecimiento de un sistema que integre estos procedimientos. Esto es lo que trata de hacer el art. 45 intentando aproximar para la regulación de los conflictos colectivos de los funcionarios la que rige en el ámbito laboral.

¹⁸ Vid. “Informe de la Comisión para el estudio y la preparación del Estatuto Básico del Empleado Público”, pág. 194 dice lo siguiente: “91. Solución extrajudicial de conflictos colectivos. La legislación vigente en materia de función pública carece de un sistema de solución extrajudicial de conflictos colectivos que vaya más allá del artículo 38 de la Ley 9/1987, en el que se prevé una mediación voluntaria para los casos en que no resulte posible llegar a un acuerdo en la negociación o cuando surjan conflictos en el cumplimiento de Pactos o Acuerdos. Parece conveniente aproximarse más en este punto a la regulación existente en el ámbito laboral, y adoptar procedimientos de mediación y arbitraje en aquellos casos”.

La complejidad que se puede dar para articular estos sistemas de solución de conflictos ha sido puesta de manifiesto por la doctrina¹⁹, pues el precepto atribuye la posibilidad de establecerlos a todas las Administraciones Públicas y a las organizaciones sindicales a las que se refiere el Capítulo IV, Título III. A nuestro modo de ver, el precepto invita a plantearse distintas cuestiones, como la referida al tipo de acuerdo en el que pueden formalizarse los sistemas que va a delimitar el ámbito para el que pueden establecerse.

Hay dudas interpretativas en relación con el tipo de acuerdo en el que pueden formalizarse los acuerdos sobre sistemas extrajudiciales de solución de conflictos. Puede surgir la duda de si el tipo de acuerdo puede ser identificable con los Pactos y Acuerdos que se regulan en el art. 38 EBEP, o puede tratarse de otro tipo de acuerdos específicos sobre esta cuestión. Esta duda que planteamos no es banal, sino que puede tener su fundamento en la consideración de que los Pactos y Acuerdos están previstos como instrumentos “para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos” [art. 38.1]. Y por otro lado, los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos no es materia que esté relacionada en el art. 37. El precepto no da ninguna indicación al respecto, limitándose a señalar de manera general la posibilidad que tienen las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales de acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudiciales de conflictos.

En la doctrina se ha defendido la posibilidad de el acuerdo puede tener como único objeto el establecimiento de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos o bien sea solo una de las materias tratadas en el correspondiente proceso negociado²⁰. A nuestro juicio, el tipo de acuerdo que se precisa para cumplir con el mandato del art. 45, es la de un acuerdo específico, que debe tener el tratamiento de los Acuerdos regulados en el art. 38.3, siendo dudoso que pueda constituirse como una cláusula o apartado de otros acuerdos. Desde luego, en ningún caso se debe pensar en los Pactos que se regulan en el art. 38.2²¹. Creemos que hay varias razones que abonan esta conclusión. En primer lugar, se trata de acuerdos específicos que no tienen como finalidad la regulación de las

¹⁹ *Ibidem*, Gala Durán, págs. 505 y sgts.

²⁰ Cfr. Gala Durán, pág. 506, aunque esta autora entiende que si se pretende dotar de un mayor empaque al acuerdo y a la propia implantación del sistema de solución extrajudicial, la primera opción es la acertada, esto es, la negociación de un acuerdo que tenga como único objeto el establecimiento de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

²¹ Vid. En el mismo sentido Cruz Villalón, J. “La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública”, pág. 51. Para este autor el acuerdo colectivo es, sin lugar a dudas, el instrumento negociado de más amplio contenido, el que garantiza más plenamente la eficacia vinculante de lo pactado y, en definitiva, es el que realza la notoriedad política del acuerdo alcanzado por las partes.

condiciones de trabajo de los funcionarios; su finalidad es pactar el establecimiento de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos. Además no se trata de una materia que esté incluida en el art. 37. El Pacto es un instrumento que se suscribe en relación con materias que corresponden estrictamente con el ámbito competencial de un órgano administrativo, y serán siempre materias de las relacionadas en el art 37. Para que el órgano administrativo pueda utilizar los medios de solución de conflictos debe estar previamente previsto normativamente, pues opera el principio de legalidad.

En la hipótesis de que se trate de acuerdos que deben tener el tratamiento de los del art. 38.3, surgen dudas en la medida en que estos Acuerdos son también instrumentos negociación que están previstos para determinar las condiciones de trabajo de los funcionarios. Siendo cierta esta última afirmación, no es menos cierto que los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos son consustanciales a los procesos de negociación colectiva y a la aplicación de los acuerdos que resulten y están íntimamente relacionados con ellos. Así pues, entendemos que los acuerdos para establecer sistemas extrajudiciales de solución de conflictos deben tener el mismo tratamiento que los Acuerdos sobre condiciones de trabajo del art. 38.3 EBEP. Por ello, los acuerdos que establezcan los sistemas extrajudiciales deben ser ratificados por el órgano de gobierno de la correspondiente Administración Pública para que puedan dotarse de eficacia jurídica y de carácter reglamentario.

Sobre la posibilidad, que hemos mencionado antes, de que los acuerdos sobre sistemas de solución extrajudicial de conflictos sea una materia más de las tratadas en el proceso negociador, esto es, que pueda formar parte de otros acuerdos sobre condiciones de trabajo, presenta, a nuestro juicio, los siguientes inconvenientes. Podría ser admisible que se contemple la solución de conflictos jurídicos, que las discrepancias que surjan en la interpretación y aplicación del acuerdo de que se trate, sean dilucidadas mediante procedimientos de solución de conflictos; pero, en todo caso, deberían estar previamente constituidos los órganos encargados de la gestión del sistema, pues sería ciertamente complicado adoptar acuerdos, sobre todo, para solventar los conflictos de interés que surgen durante la negociación.

Así pues, como conclusión de lo dicho anteriormente, a nuestro juicio, la interpretación más ajustada a lo previsto en el art. 45 en relación con la naturaleza de los acuerdos para establecer sistemas extrajudiciales de solución de conflictos es que se trata de unos acuerdos específicos, que deben tener el tratamiento de los Acuerdos sobre condiciones de trabajo que se regulan en el art. 38.3, sin que para ello sean impedimento ni la materia negociada ni los sujetos legitimados para negociarlos. Abona la idea de que debe tratarse de acuerdos específicos el

objeto de los acuerdos, que es de extraordinaria amplitud. No se trata de remitir las discrepancias que se registren en los procesos negociadores o a la de aplicar e interpretar Pactos y Acuerdos a buscar la solución del conflicto mediante un procedimiento extrajudicial. El objeto de los acuerdos consiste nada menos que en “acordar la creación, configuración y desarrollo” de sistemas de solución extrajudicial de conflictos; un objeto cuyo contenido es lo suficientemente amplio para justificar la conclusión de acuerdos específicos. En el ámbito laboral existen acuerdos específicos para ello y no hay razón para que no pueda haberlos para el ámbito de los funcionarios públicos.

5. LOS PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS COLECTIVOS EN LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS: LA MEDIACION Y EL ARBITRAJE

El art. 38 LOR solamente recoge la mediación como procedimiento para la solución de los conflictos que surgieran con las Administraciones Públicas, en la negociación o en el cumplimiento de los Acuerdos y Pactos. Las Administraciones Públicas y los sindicatos legitimados podían nombrar de “mutuo acuerdo” un mediador o mediadores con la finalidad de que contribuyeran a la solución de los conflictos colectivos.

El art. 45.3 EBEP da un paso más en la regulación de los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos con la finalidad de aproximarse a los existentes en el ámbito laboral, incluyendo el arbitraje además de la mediación, atendiendo a la recomendación del Comité de Expertos. La norma determina que “los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje” [art. 45.3, párrafo 1º]. De esta manera no impone el legislador que los acuerdos sobre el establecimiento de sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos tengan necesariamente que contemplar ambos procedimientos. Lo que hace con esta regulación es posibilitar que se puedan pactar ambos procedimientos o solamente alguno de ellos, -aunque lo normal será que se incluyan los dos- por las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales legitimadas. No incluye la norma el procedimiento de la conciliación, probablemente por entender el legislador que es más eficaz la mediación a la hora de resolver las discrepancias la acción proactiva que debe observar el mediador²².

El art. 45.5 prevé que la utilización de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos se efectuará conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con las organizaciones sindicales representativas. Probablemente el legislador con este precepto se está refiriendo a que

²² Vid. Sobre la omisión de la conciliación Gala Durán, op. cit., pág. 516-517.

debe concluirse un acuerdo al que se le dote de la misma consideración de los acuerdos del art. 38.3, en el que se regulen la tramitación de los procedimientos de mediación y arbitraje. Estos acuerdos precisan de la ratificación del órgano de gobierno correspondiente y una vez ratificados, si lo acordado es competencia del mismo, adquiere carácter reglamentario. A nuestro modo de ver, este acuerdo puede formar parte de los acuerdos para la creación, configuración y desarrollo de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos a que se refiere el art. 45 1, o puede ser un acuerdo independiente. En cualquier caso, las partes legitimadas para suscribirlo son las mismas, las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales representativas.

5.1. La mediación obligatoria

En relación con este procedimiento el art 45.3 EBEP da escasas indicaciones: a) Señala que “será obligatoria cuando lo solicite una de las partes”; y b) y que “las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas”. Y nada más. Los demás aspectos que puedan configurar la mediación, por lo que se ve, deberán ser abordados a la hora de negociar los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos colectivos.

No expresa la norma concepto alguno de lo que debe entender por mediación, por lo que habrá que presumir que el legislador está asumiendo el concepto de este procedimiento que habitualmente se maneja comprensivo de la intervención de un tercero imparcial, conocedor de las materias objeto de conflicto, que pueda realizar tras escuchar a las partes, propuestas de solución que sean aceptadas por las mismas²³.

Nada indica la norma en cuanto a la designación del mediador o mediadores. Lo normal es que -como se indicaba en el art. 38 LOR-, el nombramiento del mediador o mediadores se realice por las partes en conflicto de mutuo acuerdo. Este aspecto debe ser recogido en el acuerdo en el que se establezcan los procedimientos. Es habitual en el ámbito laboral que exista un cuerpo de mediadores al que pueden acudir las partes para designar de mutuo acuerdo al mediador que quiere que les asista o que la actuación del mismo tenga carácter rotatorio. Pero en cualquier caso debe producirse una expresa aceptación del mediador o mediadores que puedan intervenir para solucionar el conflicto.

²³ Cfr. Cruz Villalón, op. cit., pág. 71, recuerda que “la medicación comporta la designación de un tercero imparcial, ajeno por tanto a los intereses de las partes enfrentadas, que efectúa una labor de intermediación entre las mismas con vistas a lograr que las mismas alcancen un acuerdo”.

Tampoco se indica nada sobre el perfil que debe tener el mediador o mediadores. Lo normal es que, por definición, sea imparcial, ajeno a los intereses de las partes y experto en el conocimiento de las materias sobre las que versen las discrepancias. Pero además, debe ser conocedor de las normas que regulan la organización y el funcionamiento de las Administraciones Públicas.

Recoge la norma la obligatoriedad de la mediación, atendiendo a la recomendación del Comité de Expertos. Como se ha señalado y criticado razonablemente por la doctrina choca la obligatoriedad de la mediación cuando lo solicite alguna de las partes, con la voluntariedad en la aceptación de la propuesta que pueda ofrecer el mediador²⁴. Curiosamente el informe del Comité de Expertos no recoge la razón o el fundamento del carácter obligatorio de la mediación; se propone así, sin más. Probablemente se haya adoptado esta opción en la idea de agotar las posibilidades de culminar las controversias que se produzcan con un acuerdo. En cualquier caso, la obligatoriedad de la mediación puede ser entendida como un contrapeso a la posibilidad que tienen los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo, cuando ha fracasado la negociación y se han agotado, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos [art. 38.7].

Por último, se establece la libertad de las partes en aceptar o rechazar las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o los mediadores. Como se verá más adelante, la inicial aceptación de las propuestas no supone que en todos los casos resulten vinculantes para las Administraciones Públicas, pues habrá que estar al régimen jurídico establecido para los Pactos y los Acuerdos.

5.2. El arbitraje voluntario

El art. 38 LOR no hacía mención alguna al arbitraje como procedimiento de solución extrajudicial de conflictos colectivos. El impulso por acercar la materia de resolución extrajudicial de conflictos colectivos al ámbito laboral se concreta con la inclusión del procedimiento arbitral en la regulación que se contiene en el art. 45 EBEP. Aunque se puede señalar a título de curiosidad que es llamativo que al propio tiempo que se produce ese acercamiento a la regulación del ámbito laboral, se huye de utilizar la misma terminología, como sucede en el caso del arbitraje, en el que lo tradicional es la utilización del término “laudo”, que en el art. 45 EBEP se cambia por el de “resolución arbitral”. Establece este precepto que “mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma”. Con esta

²⁴ Cfr. Para una crítica sobre la obligatoriedad de la mediación Gala Durán, op. cit., pág. 518.

ligera regulación del arbitraje voluntario se plantean diversas cuestiones que se amplían con la decisión del legislador de atribuir a la resolución de arbitraje la misma eficacia jurídica y tramitación que los Pactos y Acuerdos regulados en el EBEP. Contrariamente a lo que sucede con la mediación el arbitraje es “voluntario”, recogiendo la norma la esencia el concepto de arbitraje al encomendar a un tercero la resolución del conflicto, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma, expresión que hay que relativizar atendiendo a lo que a continuación se establece para que surta efectos lo decidido por el árbitro.

Si es habitual el carácter voluntario de un arbitraje, que puede derivar de la existencia de una mediación previamente intentada, en el ámbito de las Administraciones Públicas la voluntariedad hay que considerarla como una exigencia por cuanto como se ha dicho por algún autor el arbitraje “supone trasladar al árbitro la decisión final y, con ello, remitir fuera del ámbito de la propia esfera de decisión de la autoridad pública cuestiones en las que con seguridad se ven afectados intereses públicos y generales de la comunidad”²⁵.

En cuanto al perfil del árbitro y su designación no se dan más indicaciones en la norma respecto a su perfil ni sobre su designación. Lo normal es que se recoja en los acuerdos que establezcan del sistema extrajudicial de solución de conflictos colectivos, sobre la idea de que sea un profesional imparcial, ajeno al interés de las partes, y conocedor de la materia objeto del conflicto que se somete a su decisión. Respecto a la designación lo normal es que se realice de mutua acuerdo entre las partes o mediante un sistema previamente pactado por las mismas. Puede, por ejemplo, existir un cuerpo arbitral eligiendo las partes de mutuo acuerdo a cuál de los integrantes de dicho cuerpo desean someter la controversia.

En los acuerdos que establezcan el sistema extrajudicial de solución de conflictos también deberían recogerse al menos las bases o reglas mínimas relativas a la tramitación de procedimiento o, en su caso, en el desarrollo reglamentario previsto²⁶. Hay que tener en cuenta que el laudo que dicte el árbitro puede ser objeto de impugnación porque no se hayan observado en la actuación arbitral los requisitos y formalidades a que debe ajustarse la misma.

La exigencia de acuerdo se extiende también a los puntos o cuestiones que las partes someten al árbitro. Deben ser formuladas de una manera clara, que no dejen lugar a la duda, por cuanto el laudo que dicte el árbitro puede ser también objeto de impugnación en vía judicial si hubiese resuelto puntos no sometidos a su decisión.

²⁵ Vid. Cruz Villalón, op. cit. Pág. 76.

²⁶ Vid. Pérez Guerrero, op. cit. pág. 440.

La norma recoge el compromiso de las partes de aceptar de antemano la resolución o laudo que emita el tercero al que se encomienda el arbitraje. En el caso de las Administraciones Públicas este compromiso previo de aceptar la resolución del árbitro carece en la práctica de virtualidad, dado que la eficacia jurídica de lo resuelto queda a expensas de que se someta a la tramitación de los Pactos y Acuerdos. Como se ha señalado por la doctrina se produce una situación en la que en la práctica el árbitro emite un laudo “voluntario” cumplimiento para las Administración Pública²⁷.

5.3. La eficacia jurídica de los acuerdos en la mediación y del laudo arbitral

Conforme al art. 45.4 EBEP “el acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución arbitral tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados...”; y lo condiciona a que “quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar en el ámbito del conflicto, un Pacto o un Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto”. Es lógico que se condicione la adquisición de la eficacia jurídica a que las partes que han acordado acudir a cualquiera de los procedimientos que integran el sistema extrajudicial reúnan los requisitos de legitimación que se establece en el art. 33 EBEP.

Ello viene a significar en relación a los Pactos, que será eficaz el acuerdo alcanzado a través de la mediación, cuando la materia sobre la que versa el conflicto se circunscribe al ámbito competencial de un órgano administrativo y es directamente aplicable [art. 38.2]. Si se trata de un laudo será eficaz desde el momento en que se dicte pues no parece razonable que el órgano administrativo que se ha sometido voluntariamente a la resolución arbitral pueda negarse a la aplicación, salvo que considere que existen motivos para la impugnación del mismo. Ahora bien, hay que tener en cuenta que si el órgano administrativo ha negociado a través de un representante deberá ratificar posteriormente el acuerdo alcanzado en la negociación o la resolución arbitral; esto es lo que se puede deducir del inciso final del art. 33.2 EBEP en donde se habilita la posibilidad de negociar a través de órganos de naturaleza estrictamente técnica, sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno “o administrativos con competencia para ello”.

En lo que se refiere a los Acuerdos, si la materia sobre la que se haya adoptado acuerdo a través de la mediación o la resolución del conflicto mediante laudo arbitral afecta a materias que son competencia del órgano de gobierno de una

²⁷ Cfr. Cruz Villalón, op. cit. pág. 78, para el que es un laudo “voluntario” cumplimiento para la Administración Pública, pues en última instancia quedaría a la libre decisión de tal órgano de gobierno la decisión de aprobarlo o no.

Administración Pública, es necesaria, para que el acuerdo o laudo mencionados sean válidos y eficaces, la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno correspondiente. La tónica general en la doctrina es crítica con esta regulación, pues se considera que contradice las reglas básicas de la negociación y de la solución extrajudicial de conflictos²⁸. Alguna autora se inclina en el caso de la mediación por la ratificación automática de lo acordado²⁹.

En realidad estas críticas se expresan desde la perspectiva que se proyecta procedente de las regulaciones existentes en el ámbito laboral. Ya hemos dejado constancia de la contradicción que se desprende de la regulación del procedimiento arbitral, en el que tiene que haber un compromiso previo –de antemano, dice el precepto- a aceptar el contenido del laudo arbitral, si para su validez y eficacia tiene que ser aprobado por el órgano que tiene atribuida la competencia sobre la materia que es objeto del conflicto; lo que particularmente se percibe en el caso de los Acuerdos. Pero lo cierto es que en la negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas es frecuente que realice directamente la negociación algún representante (funcionarios, altos cargos, u otros técnicos) que no es el órgano administrativo o de gobierno que tiene atribuidas las competencias de las materias que se negocian y adquiere responsabilidad sobre lo negociado. Recuérdese cómo el art. 33.2 habilita para que las Administraciones Públicas puedan encargar el desarrollo de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas de naturaleza estrictamente técnica, que ostentarán la representación en la negociación colectiva previas las instrucciones políticas correspondientes y, sin perjuicio, de una posterior ratificación de los acuerdos alcanzados por el órgano de gobierno o administrativo con competencia para ello. Puede suceder que el representante del órgano que ostenta la competencia sobre la que se negocia no siga las instrucciones políticas que se le hayan dado o hay vulnerado algún principio de los que rigen en la negociación colectivas de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos previstos en el art. 33.1 EBEP (sobre todo los de legalidad y cobertura presupuestaria). Son las peculiaridades que concurren en el ámbito de las Administraciones Públicas, con una organización y funcionamiento distintos al de una empresa privada las que llevan a adoptar regulaciones como la que nos ocupa.

²⁸ Cfr. Pérez Guerrero, op. cit. pág. 437.

²⁹ Cfr. Gala Durán, op. cit. pág. 521.

5.4. La impugnación de los acuerdos de mediación y de la resolución arbitral

Inspirándose en la regulación existente en el art. 91.2 ET el art. 45 4, párrafo 2º, establece la regulación de la impugnación de los acuerdos derivados de la mediación y del laudo arbitral: “Estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente cabrá el recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiese observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente”. Si analizamos esta regulación y la comparamos con la regulación del Estatuto de los Trabajadores en la que se inspira llaman la atención algunos aspectos,

En primer lugar, el legislador parece atribuir la naturaleza jurídica de un “acuerdo”, tanto al alcanzado a través de la mediación como a la resolución arbitral. Puede ser este el sentido en que deba interpretarse el inciso inicial del art. 45.4, párrafo 1º, que indica que “el acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución arbitral...”. Con esta interpretación si tiene sentido que el art. 45.4, párrafo 2º se refiera a que “estos acuerdos serán susceptibles de impugnación”, para después continuar ocupándose específicamente del recurso contra la resolución arbitral. Por otro lado, no se da ninguna indicación sobre los motivos en los que se puede fundamentar la impugnación del acuerdo alcanzado a través de la mediación; contrariamente a lo que se establece en el art. 91 ET en el que se determina que acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos en los convenios colectivos. Cabe suponer que esta omisión puede ser salvada en el acuerdo en el que se establecen los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos colectivos.

En segundo lugar, en relación con la resolución arbitral se dice expresamente los motivos que pueden llevar a ser recurrida: por ilegalidad; por la existencia de vicios en el procedimiento; o porque se haya producido una actuación *ultra vires* del árbitro porque haya resuelto puntos no sometidos a su decisión³⁰. Los motivos de ilegalidad y de actuación arbitral *ultra vires* no parece que planteen dudas. Pero los motivos procedimentales para que puedan ser alegados en vía de recurso es preciso que estén regulados previamente en el acuerdo sobre el sistema extrajudicial de solución de los conflictos colectivos.

La jurisdicción competente para conocer de los recursos que se interpongan contra los acuerdos logrados en la mediación o de la resolución arbitral es, sin ninguna duda, la jurisdicción contencioso-administrativa³¹. Se puede recordar

³⁰ Vid. Quintanilla Navarro, op. cit. pág. 361.

³¹ Al respecto es interesante la STS, Social, 10-1-2018, rec. 46/2017, sobre la distribución

que la LRJS excluye del conocimiento de los órganos jurisdiccionales del orden social “los pactos o acuerdos concertados por las Administraciones Públicas con arreglo a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que sean de aplicación al personal funcionario o estatutario de los servicios de salud” [art. 3.e)]. Y en la misma línea se le atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de las impugnaciones de convenios colectivos y acuerdos incluidos los concertados por las Administraciones Públicas, cuando sean de aplicación exclusiva al personal laboral, así como los laudos dictados respecto de las Administraciones Públicas, cuando afecten en exclusiva al personal laboral [art. 2,h)].

jurisdiccional de competencias relativas a los derechos colectivos de los empleados públicos.