

EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS ACUERDOS COLECTIVOS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA*

COLLECTIVE AGREEMENTS' NEGOTIATING AND APPROVAL PROCEDURE IN THE CIVIL SERVICE

Joan Mauri Majós

Doctor en Derecho
Profesor Titular (EU) de Derecho Administrativo
Departamento de Derecho Administrativo, Derecho Procesal y Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Barcelona
jmaurim@ub.edu

Recibido: 09/09/2019

Aceptado: 07/11/2019

© 2019 IVAP. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia Creative Commons Reconocimiento – NoComercial – SinObraDerivada (by-nc-nd)



Laburpena: Funtzionarioen lan-baldintzak zehazten dituen hitzarmen kolektiboaren teoria propioa eraikitzeke lehen hurbilketa izan nahi du aurkeztu dugun lan honek. Negoziatzeko prozedura aztertzen du, asmo onez negoziatzeko eginbeharra bete beharrekoa dela oinarri hartuta; negoziazio-mahaian erabakiak hartzeko araubideak zehazten ditu; eta negoziazio-mahaia hitzarmenaren azken baldintza finkatzen saiatzen da, hitzarmen hori ez lortzeko eragin ditzakeen ondorioak aztertuta. Halaber, dagokion gobernu-organismoak negoziazio-mahaian eskuratutako hitzarmenen berariazko onarpen formalari eman behar zaion irismena ere aztertzen du, hitzarmen bat ez onartzeko eragin ditzakeen ondorioak azpimarratuta eta gobernu-organismoak onartutakoaren izaera juridikoan sakonduta. Azkenik, funtzionarioen Estatutuko iturri-sisteman duen posizio berezia aipatzen du.

Gako-hitzak: funtzionario publikoak; negoziazio kolektiboa; negoziazio-mahaia; hitzarmen kolektiboa; lan-baldintzak alde bakarrak zehaztea.

Resumen: Nuestro trabajo pretende ser una primera contribución a la construcción de una teoría del acuerdo colectivo en la función pública y se centra básicamente en su procedimiento de elaboración y aprobación. En él se aporta un enfoque actualizado de lo que puede ser el procedimiento de negociación, el régimen de adopción de acuerdos y la naturaleza del acuerdo adoptado en una mesa de negociación analizando a la vez las consecuencias derivadas de la no obtención de dicho acuerdo en la correspondiente unidad de negociación. También se pretende examinar el alcance que ha de darse a la aprobación expresa y formal de los acuerdos obtenidos en una mesa de negociación producida por los correspondientes órganos de gobierno, profundizando en los posibles efectos de su falta de aprobación y en los resultados jurídicos de los que hayan sido aprobados, concluyendo con un apunte final sobre la particular posición de dichos acuerdos en el sistema de fuentes del Estatuto de los funcionarios.

Palabras claves: funcionarios públicos; negociación colectiva; mesa de negociación; acuerdos colectivos; determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

Abstract: Our work aims to be a first contribution to the construction of a theory of collective agreement in the civil service and focuses basically on its procedure of elaboration and approval. It provides an updated approach to what may be the negotiation procedure, the regime for the adoption of agreements and the nature of the agreement adopted at a negotiating table, while analyzing the consequences of not obtaining said agreement in the corresponding bargaining unit. It is also intended to examine the scope to be given for the express and formal approval of the agreements obtained at a negotiating table produced by the corresponding governing bodies, elaborating on the possible effects of their lack of approval and the legal results of those that have been approved, concluding with a final note on the particular position of said agreements in the system of sources of the Civil Servants Statute.

Keywords: civil servants, collective negotiation; negotiating table, collective agreements, unilateral determination of working conditions.

* La versión que ahora se presenta de este trabajo resulta ser una redacción, corregida y ampliada, de la ponencia leída el día 15 de marzo de 2019 en el Seminario de Derecho Local de la Federación de Municipios de Cataluña, con el título: «Los acuerdos colectivos en la función pública»

Sumario

1. Introducción.—2. El procedimiento de negociación y el deber de negociar de buena fe.—3. El acuerdo y la falta de acuerdo en la mesa de negociación. 3.1. El acuerdo obtenido en la mesa de negociación y sus efectos. 3.2. La falta de acuerdo de la mesa de negociación. 3.2.1. El bloqueo de la negociación y la imposibilidad de negociar. 3.2.2. El bloqueo de la negociación y el recurso a los medios de solución de conflictos. 3.2.3. La falta de acuerdo y la vigencia del acuerdo anterior.—4. La aprobación del acuerdo por el órgano de gobierno. 4.1. El acto de aprobación o ratificación del acuerdo. 4.2. El establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo.—5. La naturaleza jurídica del acuerdo.—6. Conclusiones.—7. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

El artículo 28.1 de la CE reconoce la libertad sindical de los funcionarios públicos que les sirve para amparar el derecho a participar colectivamente en la determinación de sus condiciones de trabajo a través de un procedimiento de negociación que ha de armonizarse con el elemento estatutario que caracteriza su régimen jurídico enunciado en el artículo 103.3 del texto constitucional (Cantero, 2001: 290).

Esta compatibilidad debe asegurarse por el legislador del Estatuto de los funcionarios que ostenta capacidad suficiente para determinar los órganos, el objeto, el procedimiento y los efectos de la negociación.

El procedimiento de determinación de las materias que han de ser objeto de negociación está sujeto a los principios de obligatoriedad y buena fe que se enuncia el artículo 33.1 del Real Decreto legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto básico del empleado público (en adelante, TREBEP).

La negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios se ha de efectuar mediante el ejercicio de la capacidad representativa que reconocen a las organizaciones sindicales los preceptos de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad sindical (en adelante, LOLS).

Tal como se dice en el artículo 33.1 del TREBEP, a estos efectos se han de constituir mesas de negociación en las que estarán legitimados para estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración pública correspondiente, y por otra, las organizaciones sindicales más representativas en el nivel estatal

y de comunidad autónoma, así como los sindicatos representativos en el ámbito específico de su constitución.

De acuerdo con el artículo 38.1 del TREBEP, en el seno de estas mesas de negociación, los representantes de las Administraciones públicas pueden concertar pactos y acuerdos con la representación de las organizaciones sindicales legitimadas para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios del ámbito respectivo.

A tenor del artículo 38.3 del TREBEP, los acuerdos han de versar sobre materias de competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas. Para su validez y eficacia es necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que puedan ser decididos de manera definitiva por los órganos de gobierno, su contenido será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente. Cuando exista falta de ratificación de un acuerdo, se deberá iniciar la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes, si así lo solicita al menos la mayoría de una de las partes.

El mismo artículo 38.7 del TREBEP, prevé que, en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudiciales de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11, 12 y 13 del artículo 38 del TREBEP. Precisamente, estos preceptos regulan la prórroga, la vigencia y los efectos en la sucesión de los pactos y acuerdos colectivos.

Por otra parte, debe observarse que en el actual Estatuto de los funcionarios no hay una norma precisa que regule la posición y la naturaleza jurídica de los pactos y acuerdos colectivos en el sistema de fuentes de la relación estatutaria propia de la función pública, que pueda resultar equiparable al artículo 3 del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores (en adelante, TRET).

Dicho precepto señala expresamente que el convenio colectivo es una fuente que regula los derechos y las obligaciones concernientes a la relación laboral. Se trata de una norma subordinada a la Ley y a las disposiciones reglamentarias que la despliegan directamente en aplicación estricta del principio de jerarquía normativa. Sin embargo, en las relaciones entre el reglamento y el convenio colectivo no rige estrictamente el criterio de jerarquía sino el de distribución competencial, en virtud del cual la norma administrativa ha de respetar la función del convenio colectivo consistente en establecer condiciones de trabajo diferentes de aquellas que señalan las leyes que ha de complementar, complementar o sustituir. Así, se impide al reglamento establecer otras condiciones de trabajo distintas a las previstas legalmente. Por tanto, resulta imposible la regulación de las condiciones de trabajo con carácter independiente y autónomo por parte de una norma reglamentaria. En consecuencia, del artículo 3 del TRET se deduce un reparto de funciones entre los dos tipos de normas jurídicas de orden secundario que cuestiona la posible existencia de una relación de jerarquía en la que se impondría siempre la norma reglamentaria, aunque sea ejecutiva (Estrada Alonso; Fernández López, 2007: 143).

La función del acuerdo colectivo en el sistema de fuentes de la relación de función pública es una verdadera incógnita. Su posición no ha sido expresamente señalada ni establecida, lo que constituye un déficit importante en el proceso de institucionalización del derecho a la negociación en el empleo público. Solo sabemos que los acuerdos colectivos versan sobre materias de competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas, y que su aprobación puede significar la modificación o la derogación de una norma reglamentaria preexistente, tal como se dice en el artículo 38.3 del TREBEP. Por otro lado, el artículo 37.1 del TREBEP, señala que serán objeto de negociación un conjunto de funciones que se proyectan sobre ámbitos materiales diversos como pueden ser «la aplicación», «la determinación y aplicación», «las normas», «los criterios y los mecanismos», «los planes», «los criterios generales» o «las propuestas». En definitiva, todo ello resulta ser bien poca cosa para determinar la naturaleza y la posición de los

acuerdos colectivos en el Estatuto de los funcionarios públicos.

A la luz de lo que se lleva dicho hasta el momento queremos apuntar una serie de cuestiones que podrían ser propias de una teoría del acuerdo colectivo que más adelante se pudiera elaborar, limitándonos, hoy por hoy, a la resolución de las cuestiones siguientes:

- a) La importancia de un procedimiento de negociación construido desde el deber de negociar de buena fe, entendido como una verdadera obligación de conducta que concierne a la apertura y al mantenimiento del proceso de negociación.
- b) El régimen de adopción de acuerdos en la mesa de negociación, la naturaleza de estos acuerdos y las consecuencias de que no se produzca un acuerdo en la correspondiente unidad de negociación.
- c) El alcance que haya que dar al trámite de aprobación expresa y formal por parte del órgano de gobierno de los acuerdos obtenidos en una mesa de negociación y sus posibles efectos jurídicos, así como los resultados que pueden seguirse de su falta de ratificación con la consiguiente recuperación de la competencia para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios.
- d) La naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos aprobados por el órgano de gobierno y su especial posición en el sistema de fuentes del Estatuto de los funcionarios.

2. El procedimiento de negociación y el deber de negociar de buena fe

El deber de negociar en la función pública es una obligación de procedimiento pero no es una exigencia de resultado y, sobre todo, no genera un derecho a obtener la satisfacción de las pretensiones o reivindicaciones totales de una de las partes, por hipótesis, la sindical o funcional¹.

Por lo tanto, la obligación de negociar de buena fe el tratamiento de determinadas materias se constituye en un requisito sustancial para su regulación. Es decir, la elaboración de una norma sobre una materia propia del Estatuto de los funcionarios exige que se haya realizado previamente un serio esfuerzo para convenir con independencia de que se alcance o no

un resultado. En consecuencia, procede la nulidad de la disposición en la elaboración de la cual se ha omitido el requisito formal de la negociación, de carácter esencial para la correcta formación de la voluntad del órgano autor de la norma en cuestión. La producción unilateral de una norma sobre una materia que haya de ser objeto de negociación queda sujeta, pues, a un doble condicionamiento: que no se haya producido acuerdo en la negociación o que no se haya obtenido la aprobación expresa y formal por el órgano de gobierno del acuerdo alcanzado en la mesa de negociación, lo que presupone por definición la existencia previa de una negociación, real e intentada, de buena fe².

Aún más, en el Estatuto de los funcionarios se puede ver una reserva desde la Ley para la negociación respecto de las materias que se han de tratar, y en la misma medida una limitación a la posibilidad de que la ordenación de dichas materias se pueda realizar por vía reglamentaria. Esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que no se alcance un acuerdo en la mesa de negociación o no se produzca la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. Sin embargo, alcanzado un acuerdo en la mesa de negociación y la ratificación del correspondiente órgano de gobierno, falta el presupuesto para que este mismo órgano, al margen del acuerdo colectivo, o contradiciéndolo, pueda ejercer su potestad reglamentaria, presupuesto de la cual resulta ser siempre la falta de acuerdo o de ratificación³.

No se discute que la competencia para decidir sobre el contenido de las normas reguladoras del régimen jurídico de los funcionarios, quede siempre atribuida a los poderes públicos, pero eso no obsta para que en la elaboración de las normas pertinentes estos hayan de someterse a un procedimiento legalmente establecido de negociación colectiva⁴.

El cumplimiento de la obligación de negociar se satisface con el inicio de las negociaciones que se han de abrir en la fecha que fijen de común acuerdo la Administración y la mayoría de la representación sindical de la correspondiente mesa de negociación. Tal como dice el artículo 34.6 del TREBEP, si no hay acuerdo, el proceso se ha de iniciar en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas lo promueva, salvo que existan causas legales o pactadas que lo impidan.

La negociación colectiva en los supuestos exigidos por la legislación pide un mínimo de formalización y ha de dar lugar a un trámite o fase en el procedimiento en el que se reúna a los legitimados para negociar, a través de la convocatoria de la pertinente mesa realizada de mutuo acuerdo o a instancia de una de las partes. No siendo óbice para la dispensa de la nego-

ciación que la pertinente mesa de negociación no se haya constituido en la fecha de adopción de la correspondiente decisión, constitución que puede darse en cualquier momento siempre que exista acuerdo entre la Administración y la mayoría de la representación sindical⁵.

En todo caso, el proceso de negociación sólo se satisface a través de la constitución de la correspondiente mesa de negociación en el ámbito correspondiente, sin que se pueda articular a través de una consulta o con un simple intercambio de información, ni con la presentación de ideas o sugerencias, o con la participación en grupos de trabajo informales o la emisión de la opinión de las organizaciones sindicales más representativas⁶.

Como mínimo se exigen dos requisitos formales para abordar esta etapa inicial del proceso de negociación. El primero, el mutuo acuerdo de los representantes de la Administración y de la mayoría de la representación sindical o, en su defecto, la obligada convocatoria de la mesa de negociación en el plazo máximo de un mes desde que la mayoría de una de las partes legitimadas promueva la solicitud de establecer negociaciones, petición que en la práctica se considera una exigencia de cumplimiento obligado e ineludible⁷. El segundo, si la iniciativa de la negociación procede del banco sindical, la presentación de una solicitud escrita con un contenido mínimo en el que conste la representación ostentada, acreditando que dicha petición es apoyada por las organizaciones sindicales que representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios en el ámbito correspondiente, acreditación que deberá acompañarse del pertinente señalamiento de las materias que habrán de ser objeto de negociación, es decir, lo que en términos vulgares llamamos «plataforma» reivindicativa, aunque se plantee de una forma sucinta con un carácter eminentemente abierto y enumerativo.

Acreditada la legitimación para negociar y constituir el banco sindical de la correspondiente mesa y determinadas las materias que han de ser objeto del correspondiente ciclo negocial, el Estatuto alude a dos causas que podrían impedir el inicio del proceso de negociación y exonerar a la parte receptora —normalmente, la Administración— del cumplimiento de la obligación de negociar.

Las causas son las siguientes:

- a) Las legales, que consistirán en la falta de legitimación de la parte sindical que trata de iniciar el proceso de negociación o en la falta de competencia de la parte pública que actúa como receptora de la comunicación⁸. Constituyendo también un motivo objetivo de rechazo de la iniciativa negocial, la propuesta de tratar

sobre materias que han de considerarse excluidas de la obligación de negociar, máxime cuando éstas aparezcan ya reguladas por la Ley o por una norma colectiva en vigor⁹. De la misma manera, resulta evidente que no se puede negociar en un ámbito o en un órgano diferente a la mesa que actúa como unidad de negociación predeterminada por la Ley¹⁰. En todo caso, la negativa a negociar exige que se detallen las razones esgrimidas para no abordar las cuestiones planteadas sobre todo si alguna de ellas se encuentra incluida en el catálogo de las materias que han de ser objeto de negociación que contiene el artículo 37 del TREBEP¹¹.

- b) Las pactadas, entendidas como causas convencionalmente establecidas que hacen referencia a la existencia de un acuerdo colectivo para un determinado ámbito que resulta más amplio y comprensivo del ámbito específico o sectorial en el que se quiere tratar, o a la vigencia de un acuerdo colectivo mientras aún esté en vigor el plazo inicial pactado o prorrogado y no haya sido denunciado.

El deber de negociar obliga a realizar un esfuerzo serio y sostenido para convenir. La obligación de negociar aparece presidida por un exigencia de buena fe que califica cualitativamente el proceso negociador de una manera tal que su ausencia lleva a la consideración del mismo como un verdadero simulacro, lo que en la práctica supondría un incumplimiento de la responsabilidad de tratar equivalente jurídicamente a la inexistencia del trámite de negociación y, por tanto, con capacidad suficiente para la producción de la nulidad del acto o de la disposición que se haya podido adoptar.

Desde esta lógica, la obligación de negociar de buena fe se concreta a través de un conjunto de conductas que se proyectan sobre:

- a) La fase previa a la negociación, en la que el proceso convencional aún no se ha iniciado pero que cubriría todas aquellas actuaciones preparatorias y necesarias para la constitución definitiva de la mesa de negociación y el reconocimiento de las partes y de las personas que han de dotarla de miembros representativos y efectivos.
- b) La fase de desarrollo de la negociación, canalizando la dinámica estratégica de cada una de las partes e imprimiendo agilidad y dinamismo al trato convencional consistente en el intercambio de información y de propuestas y contrapropuestas.
- c) La fase posterior a la negociación, garantizando la presentación del acuerdo y su ratifi-

cación por el órgano de gobierno, asumiendo la realización de todos los trámites que se consideren necesarios para que gane validez y eficacia jurídica y acabe produciendo los correspondientes efectos sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del ámbito correspondiente (Cabeza Pereiro, 1995: 227-240; Sánchez Torres, 1999: 38).

Ya se ha dicho que el artículo 33.1 del TREBEP contiene la obligatoriedad y la buena fe como principios de la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios. En la misma dirección, el artículo 34.7 del TREBEP señala explícitamente que las partes están obligadas a negociar bajo el principio de buena fe y a proporcionarse mutuamente la información que necesiten relativa a la negociación. Es evidente que la garantía de la plena capacidad negociadora de las partes y su posición en una situación de paridad en el proceso, implica que las partes han de tener acceso a toda la información que pueda considerarse útil. De hecho, la norma del artículo 34.7 del TREBEP presupone que en el seno de un proceso de negociación el derecho de información tiene una autonomía propia, fundamentada no en el principio de buena fe sino en las funciones representativas y participativas atribuidas a los representantes de las organizaciones sindicales en el ejercicio de su derecho a la negociación colectiva (Sánchez Torres, 1999: 126).

Sin embargo, si el deber de información se perfecciona con la remisión de la que ha sido solicitada de una forma completa en relación con las materias a tratar de forma obligada, el deber de buena fe referido a los elementos informativos de la negociación colectiva va más allá y pide un suministro de los mismos sin dilaciones indebidas, a través de los canales más rápidos, cómodos y asequibles, de forma verídica, clara y suficiente, con la precisión debida que acredite su utilidad y evitando informaciones oscuras, ininteligibles o desviadas.

De hecho, la negociación supone un real y efectivo contraste de las posiciones de cada una de las partes que sostienen planteamientos dispares sobre las materias que constituyen su objeto. Precisamente, son las exigencias inherentes a toda negociación las que demandan que los respectivos interlocutores hayan recibido adecuadamente toda la información necesaria y relevante para poder formar su posición y defender con fundamento los intereses sociales y económicos que representan¹².

La obligación de negociar de buena fe en un proceso convencional puede verse desde dos lógicas distintas:

- a) Desde una perspectiva positiva, se supone que las partes han de poder exponer su dis-

curso argumental y contribuir a la búsqueda de opciones consensuadas, aportando propuestas y contrapropuestas y, si es el caso, llegando a acuerdos o desacuerdos totales o parciales, a través siempre de contactos, conversaciones o reuniones con periodicidad razonable más allá de lo que puedan ser los meros encuentros y conversaciones formales, puntuales y aislados¹³. Además, están obligadas a observar una conducta que haga posible la conclusión del acuerdo, realizando todos los esfuerzos posibles para convenir y motivando su negativa a aceptar las propuestas de la contraparte o su desacuerdo sobre las mismas.

- b) Desde una perspectiva negativa, la buena fe supone evitar obstrucciones, es decir, no simular que se quiere acordar cuando no se está dispuesto a convenir, no dilatar las negociaciones con respuestas o actitudes evasivas, no plantear propuestas que no se pueden asumir, no rechazarlas de una forma recalcitrante sin realizar una contrapropuesta o sin justificar la negativa a aceptarla, no procurar una mínima aproximación a las posiciones de la otra parte planteando una oferta como última sin haber intentado previamente acercar posturas con la representación contraria, no insistir en la posición inicial sin modificarla o retractarse de una propuesta ya realizada y aceptada. Comporta, también, evitar posiciones de intimidación, violencia, coacción o distorsión, o posturas que se puedan considerar absurdas, negativas o tendentes a desestabilizar a la otra parte, provocar errores o justificar el abandono anticipado de la negociación (Cabeza Pereiro, 1995: 331-348; Roqueta Buj, 2016: 7-8; Poquet Català, 2016: 6-8).

En todo caso, el análisis de la jurisprudencia existente en esta materia conduce a pensar que en los últimos tiempos estamos asistiendo a un movimiento pendular en el que el número de asuntos que pueden ser objeto de negociación se incrementa a la vez que parece debilitarse el deber de negociar de buena fe, obligación que se reconduce a sus aspectos más formales y pasa a circunscribirse a un tiempo limitado constituido por muy escasas reuniones que tienen una duración reducida.

En esta dirección pueden destacarse el conjunto de pronunciamientos que consideran satisfecho el derecho de negociación cuando las organizaciones sindicales han sido convocadas formalmente a la mesa de negociación, se les ha facilitado la propuesta objeto de discusión, han podido asistir a la reunión y plantear las cuestiones que han considerado oportunas y han

dispuesto de un plazo temporal, aunque sea ínfimo, para estudiar los aspectos que pueden ser objeto de trato convencional¹⁴.

Tal como se dice en algún pronunciamiento: «Lo esencial es que la cuestión fue sometida a la mesa de negociación correspondiente, que el sindicato contó con la información necesaria para hacer valer sus posiciones, y que la materia fue objeto de debate con independencia del resultado»¹⁵.

Más lacerantes son otros supuestos que constituyen verdaderos simulacros de negociación cuyas características fundamentales parecen ser las siguientes: la negativa a facilitar toda la información solicitada bajo la excusa de la falta de precisión de la demanda realizada, la ausencia de intensidad y profundidad en el debate sin posibilidades de abordar de una forma efectiva las cuestiones objeto de la negociación, la inexistencia de un intercambio real de ofertas y contraofertas que puedan valorarse como un indicio de buena fe, la pretensión de adhesión a una propuesta inicial que se considera única y que se mantiene inalterada a lo largo de la discusión, la falta material de tiempo para la preparación de la reunión o para el desarrollo de la discusión a realizar o la materialización del proceso negocial en un acto único con verdadera prisa y celeridad que condiciona la dinámica del trato convencional y altera el carácter contradictorio del proceso de negociación.

Todo ello, debería producir un conjunto de circunstancias acreditativas de la ausencia de una verdadera negociación capaz de producir efectos jurídicos, cosa que debería acabar provocando la nulidad de la medida o de la disposición que se considere aprobada a través de un procedimiento en el que no deja de ser evidente una falta de negociación, lo que no siempre ocurre¹⁶.

En el otro extremo, debería rechazarse que el incumplimiento del deber de negociar pueda imputarse a la Administración cuando puede detectarse en la otra parte la falta de una voluntad de convenir real y efectiva. Una situación que se hace patente cuando los representantes sindicales no acuden a la reunión después de haber sido convocados y recibir la documentación o, alternativamente, cuando abandonan la mesa con la voluntad de no volver a reintegrarse al proceso de negociación por una disconformidad expresa sobre la marcha de unas conversaciones en las que la parte pública ha actuado de buena fe intentando acercarse a las propuestas de los sindicatos, debiendo advertirse también que los representantes de los funcionarios no pueden condicionar la voluntad de la Administración y elegir negociar en el momento que consideren oportuno, o apartarse del régimen de sesiones y del calendario previamente establecido y

conocido por los integrantes de la unidad de negociación, lo que sin duda presupone un déficit de implicación en el proceso convencional¹⁷.

Una conclusión parece imponerse: en el Estatuto de los funcionarios, el derecho a la negociación colectiva es un deber de negociar de buena fe, aunque no es una obligación de llegar a un acuerdo. Del alcance que se quiera dar a este deber de negociar y del rigor con el que se exija su cumplimiento va a depender, obviamente, la efectividad última del derecho de los sindicatos a negociar las condiciones de trabajo de los funcionarios.

3. El acuerdo y la falta de acuerdo en la mesa de negociación

3.1. El acuerdo obtenido en la mesa de negociación y sus efectos

Para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios se han de constituir mesas de negociación en las que han de estar presentes, por una parte, los representantes de la Administración pública correspondiente, y por otra, 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, en las unidades electorales comprendidas en el ámbito específico de su constitución, siempre que estas organizaciones sindicales representen, como mínimo, la mayoría absoluta de los miembros de los órganos unitarios de representación en el ámbito de que se trate.

La representación de la Administración pública correspondiente no ha de estar integrada por sus representantes legales sino por los «componentes» de la mesa que se designen, y en principio, parece que los representantes de naturaleza estrictamente técnica estarían sujetos a unas previas instrucciones «políticas», eso sí, sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno con la debida competencia para ello, tal como nos dice el artículo 33.2 del TREBEP.

En el otro lado, el banco sindical se constituiría sin poder superar el número de quince miembros, que serían designados entre los sujetos con capacidad negociadora en proporción a su representatividad re-

ferida a los miembros de los órganos unitarios de representación del ámbito específico, como se previene en el artículo 35.1 TREBEP. Eso supone que el número de miembros de la mesa que a cada uno de los sujetos sindicales les corresponden designar para representarles en el órgano de negociación ha de ser proporcional a la representatividad que tienen ganada y reconocida en el ámbito correspondiente, asegurando siempre el derecho de todos los legitimados a formar parte de la instancia negociadora y completándolo con un reparto proporcional de su participación en esta comisión.

De esta manera se constituye un «colegio de representantes» que actúan por delegación de los sujetos legitimados para negociar. Estos representantes intervienen en las negociaciones con voluntad propia, aunque los de la parte pública pueden quedar o no sujetos a instrucciones.

Sin embargo, el incumplimiento de unas instrucciones, que parecen tener un alcance muy amplio al ser definidas como «políticas» y que a menudo sencillamente no existen, se resuelve en el plano interno de la relación entre el representante y el representado sin que tenga efectos sobre el objeto de la negociación y su posible validez y eficacia (Solans Lastre, 2003: 274-275).

El TREBEP no prevé un régimen concreto y determinado de adopción de acuerdos en el seno de la mesa de negociación fundamentado en el principio de mayoría¹⁸. De hecho, no hay en su redacción un precepto parecido al del artículo 89.3 del TRET, en el que se dice que: «Los acuerdos de la comisión [negociadora] requieren, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones». Un precepto este que origina importantes elementos de duda que han sido objeto de interpretación. En primer lugar, se ha planteado la cuestión de si por mayoría se ha de entender aquella que resulte del voto favorable de los vocales de la comisión negociadora presentes en la votación, sin contar por tanto las ausencias ni las abstenciones, es decir, la mayoría relativa o simple, que supone contar con más votos a favor que en contra, o si en cambio se precisa la absoluta, es decir, el voto favorable de más de la mitad de la totalidad de los miembros que integran cada una de las representaciones. De la misma manera, se duda sobre si la votación ha de descansar sobre los miembros de la comisión, a razón de una persona o un voto —votos personales—, o se ha de atender al porcentaje de la representación que ostenta cada miembro —votos representativos. De hecho, hoy por hoy parece que la mayoría de la doctrina se inclina por un sistema de mayoría absoluta según los porcentajes representativos (Solans Lastre, 2003:285-291).

136 Pertsonak eta Antolakunde Publikoak kudeatzeko Euskal Aldizkaria
Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas
Núm. 17 zk./2019. Págs. 130-149 or.
ISSN: 2173-6405 e-ISSN: 2531-2103

De lo que se ha dicho hasta el momento queremos considerar expresamente dos elementos:

- a) Los representantes de la Administración pueden o no estar sujetos a instrucciones. De hecho, el artículo 33.2 del TREBEP solo las contempla cuando las Administraciones públicas encarguen el ejercicio de las actividades de negociación colectiva a órganos creados por ellas, de naturaleza estrictamente técnica, lo que no excluye otras posibilidades representativas. Conviene destacar también que las instrucciones que se prevén son «políticas», lo que parece privarlas de la precisión y el rigor necesario para producir efectos jurídicos. Por tanto, los representantes de la Administración negocian en la mayoría de los casos en base a su propia iniciativa y con plena autonomía. En consecuencia, el seguimiento o no de las mencionadas instrucciones no debería tener una relación estrecha con el proceso de ratificación de los acuerdos obtenidos. Es decir, no debería establecerse un efecto directo entre el seguimiento de estas instrucciones y la obligación de aprobación del correspondiente acuerdo por el órgano de gobierno, tal como se ha defendido por algún sector de la doctrina laboral (Alfonso Mellado, 2007: 65). En este sentido, el precepto del TREBEP es claro al recordarnos que la dación de las correspondientes instrucciones se hace: «sin perjuicio de la ratificación de los acuerdos alcanzados por los órganos de gobierno o administrativos con competencia para ello».
- b) El régimen de adopción de acuerdos en la mesa de negociación resulta ser un aspecto esencial de la naturaleza jurídica del instrumento colectivo. Si se admite que la negociación puede culminar en un acuerdo con un sindicato o grupos de sindicatos minoritarios presentes en la mesa que quieran aceptar el resultado de la negociación, en la práctica el procedimiento convencional se degrada a un simple trámite participativo que se lleva a cabo para la formación de la voluntad unilateral de la Administración. Sin embargo, eso no quiere decir que las reglas y las interpretaciones hechas sobre la formación de la voluntad del banco sindical relativas a la negociación colectiva laboral se trasladen sin más a la negociación colectiva de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Si se quiere preservar el elemento democrático que sin duda aporta la negociación colectiva a las normas que regulan la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios es indudable que el acuerdo resultante del proceso de negocia-

ción deberá obtener la aprobación de una mayoría suficiente de los miembros integrantes de la parte sindical¹⁹. Aún más, la falta de esta mayoría sindical debería ser equiparable al supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación, correspondiendo en este caso al órgano de gobierno competente establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. Sin embargo, debemos ser conscientes de que la obtención de un acuerdo en el sistema público no es tarea fácil. Los representantes de los funcionarios que actúan en una mesa de negociación tienen garantizada una regulación propia integrada por una red predeterminada de condiciones de trabajo de origen legal que, en última instancia, asegura el mantenimiento de sus derechos básicos. Además, en caso de desacuerdo en la mesa de negociación, el resultado no es la inexistencia de una regulación de las condiciones de trabajo sino la producción de una reglamentación unilateral que tiene la obligación de asegurar el correspondiente órgano de gobierno. Por lo tanto, sabido esto, no parece que los sindicatos de funcionarios tengan un especial incentivo en llegar a acuerdos y asumir correlativamente la carga de defenderlos ante sus representados después de un proceso de síntesis y mediación de intereses, en el que se habrán de sacrificar algunas posiciones para obtener otras. Todo ello permite pensar que en el momento de la adopción de un acuerdo colectivo, resultando conveniente que se asegure siempre una mayoría suficiente, esa pueda ser legítimamente una mayoría simple alcanzada en base a votos personales. Es decir, obteniendo de los miembros del banco sindical presentes y actuantes en la mesa de negociación más votos a favor que en contra, descartando los no asistentes, los que han abandonado la negociación, y los que votan en blanco y, por tanto, se desvinculan de la asunción de responsabilidades por un posible acuerdo colectivo.

En cualquier caso, el acuerdo obtenido en la mesa de negociación es un «proyecto», una «propuesta», un «texto prenormativo», pero no es aún una norma jurídica. Además, no deberíamos confundir este acuerdo con un «preacuerdo» acudiendo a una posible terminología «laboral» (Alfonso Mellado, 2007: 64). De hecho, los preacuerdos laborales y su posterior ratificación a través de asambleas o referéndums presuponen la introducción de un mecanismo de participación directa que permite conformar la voluntad colectiva de los representantes al margen de los instrumentos de representación previstos (Escribano Gutiérrez, 2011: 210-212). Lo que no es el caso.

De la misma manera, pensamos que el acuerdo de la mesa de negociación y el acuerdo ratificado por el órgano de gobierno no son dos instrumentos distintos funcionalmente coaligados (Monereo Pérez, 2009: 18). A nuestro parecer, se trata de distinguir una manifestación concertada de voluntad de la producción de sus efectos jurídicos. Lo que hace la mesa de negociación a través de la formulación de un acuerdo es suscribir una propuesta que ha de ser objeto de una especial consideración por un órgano de gobierno y que puede convertirse en el contenido de una norma jurídica en el mismo momento en que sea ratificada por dicho órgano de gobierno.

Desde esta perspectiva, el acuerdo colectivo es una declaración de la mesa y, al mismo tiempo, una vez ratificado por el órgano de gobierno, una norma jurídica, a modo de una disposición compleja de formación sucesiva que se produce a través de un procedimiento específico en el que se inserta un módulo convencional de carácter esencial en la medida en que define su contenido y su naturaleza última como un tipo específico de reglamento «negociado» que convendría diferenciar del clásico reglamento «gubernativo».

El hecho esencial de este particular tipo de norma es que la base sobre la que se edifica es bilateral. La función del acuerdo de la mesa de negociación no es la de un simple acto preparatorio y formal en el seno de un procedimiento tendente a la emanación de una disposición general. Su finalidad es la de definir una verdadera relación bilateral entre las partes que será perfeccionada por el acto de ratificación. Es decir, a diferencia del reglamento clásico su configuración no depende de la voluntad de un único órgano o de la potestad reglamentaria del Gobierno sino que, como corresponde y es propio de los acuerdos convencionales, demanda una vinculación de las partes, lo que quiere decir que, una vez ratificado, salvada la inaplicación excepcional prevista en el artículo 38.10 del TREBEP, se ha de garantizar su conservación y su cumplimiento y, a la vez, impedir su modificación o interpretación unilateral durante la vigencia temporal de su contenido y de sus posibles prórrogas.

Aún más, dentro del proceso de negociación, el acuerdo adoptado por la mesa es el que permite la aprobación final de la norma convenida. Es decir, el acuerdo de la mesa de negociación habilita la situación jurídica necesaria para proceder a la regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Por consiguiente, dicho acuerdo resulta ser una declaración imprescindible para la aprobación de esta reglamentación, de manera que, realmente, es el acuerdo previo el que acaba definiendo el contenido de la disposición finalmente adoptada.

El acuerdo de la mesa de negociación es un presupuesto básico, esencial e inseparable del acuerdo final adoptado por el órgano de gobierno, siendo su principal función la de determinar el contenido de la norma que finalmente se ratifica y adopta. De ahí que aunque el órgano de gobierno mantiene la competencia para dotar o no de validez y eficacia jurídica el acuerdo que resulta de la mesa de negociación, no detenta la capacidad necesaria para modificar o alterar unilateralmente su contenido²⁰.

Es decir, la posición del órgano de gobierno resulta independiente de la voluntad creadora del acuerdo bilateral articulado en la mesa de negociación. Eso quiere decir que en su decisión solo puede utilizar la fórmula de aprobación o denegación de lo acordado, pero lo que no puede es determinar autónomamente el contenido del acuerdo que se quiera sancionar²¹.

Por lo demás, el acuerdo obtenido en una mesa de negociación se ha de trasladar al correspondiente órgano de gobierno para que pueda ganar validez y eficacia en un tiempo prudencial y sin modificaciones, aunque estas pudiesen estar jurídicamente justificadas por los informes de los correspondientes órganos técnicos o de control emitidos después de la finalización del proceso de negociación²².

3.2. La falta de acuerdo de la mesa de negociación

El artículo 38.7 del TREBEP dispone que en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación, y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11 (prorroga), 12 (vigencia) y 13 (sucesión de instrumentos convencionales) del presente artículo.

El redactado del precepto considerado plantea tres tipos de interrogantes que pueden formularse de la manera siguiente:

- a) La forma de constatar la falta de acuerdo en la negociación, es decir, lo que técnicamente se conoce como «impasse», «estancamiento» o «bloqueo» por referirse a aquella posición de desacuerdo o punto muerto en el proceso de negociación al que llegan las partes después de una fase de discusión y debate de las propuestas presentadas. Una circunstancia que se produce cuando se alcanza la línea última de una estrategia negociadora que

no se está dispuesto a sobrepasar en la concesión de cesiones a la otra parte, situación de la que puede desprenderse la inexistencia de una expectativa razonable de alcanzar un acuerdo, por negarse las partes de una forma motivada a admitir la última propuesta de la otra parte (Del Rey Guanter, 1991: 27-28; Sánchez Torres, 1999: 146-149). Sin embargo, existen otras circunstancias que pueden llegar a asimilarse a la existencia de una falta de iniciativa o voluntad negociadora y, por tanto, a la no producción de un acuerdo, lo que dejaría expedito el camino de la regulación unilateral, como son todas aquellas que pueden derivarse de la voluntad de negociar de una de las partes y de la imposibilidad de hacerlo por incomparecencia o por imposición de la otra parte.

- b) La falta de acuerdo en la negociación o en la renegociación no produce automáticamente la recuperación de la potestad reglamentaria sobre una materia concreta, recuperación que se subordina al agotamiento, en su caso, de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Por lo tanto, la existencia de una verdadera obligación o no de recurrir a estos medios en la legislación vigente se acabará constituyendo en una condición básica y esencial de la legítima apertura a una posible regulación de carácter unilateral.
- c) La imposibilidad de llegar a un acuerdo en la negociación no tiene por qué producir automáticamente la pérdida de la vigencia temporal del acuerdo preexistente, que se puede ver prorrogado o entrar en fase de ultraactividad, salvo que asumamos como presupuesto que el intento de negociación, haya obtenido o no un resultado, implica siempre la pérdida de vigencia del acuerdo un vez concluida la duración pactada entre las partes y producido el acto de denuncia.

3.2.1. *El bloqueo de la negociación y la imposibilidad de negociar*

La obligación es de negociar de buena fe con la voluntad de llegar a un acuerdo pero no es un deber de obtener un resultado dado, por supuesto de naturaleza convencional. Sin embargo, se negocia solo porque las partes quieren, en la medida en que quieren y durante el tiempo que quieren, preservándose la potestad reglamentaria del órgano de gobierno en el supuesto de que no exista una posibilidad cierta de negociar o cuando no se pueda llegar a un acuerdo después de un serio intento por convenir²³.

El proceso de negociación se ha de abrir y cerrar en un plazo prudente de tiempo, sin que exista una obligación de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdos o resulta infructuosa²⁴. Cuando se acredita la existencia de un proceso negociador, fundado en un diálogo real, en el que se ha podido constatar el intercambio de pareceres y de propuestas, y la voluntad de aceptar unas y rechazar otras, se satisface la obligación de negociar de buena fe sin que, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, exista una obligación de formalizar la ruptura de la negociación y constatar las divergencias en un acto concreto que vaya acompañado de la formulación de la correspondiente acta de desacuerdo o de la constatación documental de que se ha negociado sin acuerdo²⁵.

En este punto, después de avalar la propia posición con la exposición de argumentos suficientes, la parte pública puede concluir que se ha llegado a la existencia de una situación efectiva y real de estancamiento que permite dar por cumplido el deber de negociar con las organizaciones sindicales, y en consecuencia, pasar a decidir las controversias existentes sobre las condiciones de trabajo de manera unilateral²⁶.

De la misma manera, la posible existencia de un proceso de negociación y acuerdo puede cuestionarse por la constatación de una serie de razones que, en la práctica, resultan equiparables a la no creación de condiciones para la realización de un procedimiento de negociación viable o a la falta de un acuerdo obtenido válidamente en la mesa de negociación.

Estas situaciones se pueden enunciar de la forma siguiente:

- a) La no comparecencia de las representaciones sindicales en la mesa de negociación después de su válida convocatoria en tiempo y forma²⁷.
- b) La existencia de una mera comparecencia formal a efectos de manifestar única y exclusivamente la negativa de las organizaciones sindicales a negociar²⁸.
- c) El abandono de un número importante de miembros del banco sindical de la mesa de negociación con voluntad de no reintegrarse a ella, lo que supone una renuncia tácita a negociar que impide continuar el proceso convencional con una posibilidad auténtica de concluirlo²⁹.
- d) El rechazo por parte de una asamblea de funcionarios del «preacuerdo» alcanzado por sus representantes en la correspondiente mesa de negociación que actúa como constatación de la imposibilidad de obtención de una convención satisfactoria entre las partes³⁰.

3.2.2. El bloqueo de la negociación y el recurso a los medios de solución de conflictos

El artículo 38.7 del TREBEP señala que en caso que no haya acuerdo en la negociación, y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. En base a la literalidad de la norma parece que la falta de acuerdo en la negociación presupone el recurso a los medios de composición, «en su caso».

Una expresión crítica que induce el debate sobre el carácter obligatorio o potestativo de la utilización de los medios de solución como paso obligatorio y previo a la recuperación de la unilateralidad por parte de la Administración cuando fracasan las negociaciones entre las partes de una mesa.

A nuestro entender, la frase «en su caso» del artículo 38.7 del TREBEP ha de relacionarse con el artículo 45.1 del TREBEP, en el que se señala que para el conocimiento y la resolución de los conflictos derivados de la negociación, las Administraciones públicas y las organizaciones sindicales «podrán acordar» la creación, la configuración y el desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos.

En una primera aproximación, la compleja lectura que se quiere integrada del artículo 38.7 y 45.1 del TREBEP ha llevado a la jurisprudencia administrativa a concluir que el recurso a los medios de solución de conflictos, en el supuesto en el que no haya un acuerdo previo y expreso derivado de la negociación entre las partes de establecerlos y utilizarlos, resulta ser de naturaleza potestativa, tal como se puede llegar a deducir de la expresión «podrán acordar» utilizada por el artículo 45.1 del TREBEP³¹.

En un segundo momento, se advierte que el carácter potestativo del recurso a los sistemas de solución de conflictos desaparece cuando estos existen y se pueden emplear, con lo que la expresión «en su caso» que se utiliza por el texto legislativo no significa que el procedimiento de solución de conflictos resulte de uso potestativo por cada una de las partes. Lo que es potestativo es su existencia misma, es decir, los procedimientos de solución pueden o no existir, pero si existen se han de agotar con carácter previo a la recuperación de la unilateralidad por parte de las Administraciones públicas³².

En línea de continuidad, otros pronunciamientos más recientes han señalado que el recurso a los medios de solución de conflictos exige que estos sistemas se hayan creado, desarrollado y determinado por las partes legitimadas para hacerlo, reconociéndolos expresamente para el futuro y señalando sus límites, requi-

sitos y procedimientos. Es decir, requieren una previa voluntad de establecimiento y configuración. En consecuencia, la mera voluntad de una de las partes implicadas en la negociación de tratar el conflicto en un sistema de solución no produce ningún efecto sobre la otra, cuando no se ha articulado previamente un modelo de composición. Sin embargo, si el sistema se ha creado y las partes se han adherido libremente al mismo, su utilización se convierte en obligatoria antes de la recuperación de la unilateralidad por parte de la Administración correspondiente³³.

3.2.3. La falta de acuerdo y la vigencia del acuerdo anterior

La forma ordinaria y natural de extinción de un acuerdo colectivo es la finalización del período de vigencia previsto por las partes que lo han convenido y, si es el caso, su sustitución por otro instrumento pactado. De hecho, el artículo 38.13 del EBEP, prevé la aplicabilidad del principio de modernidad en la sucesión en el tiempo de las normas convencionales y su efecto propio: la derogación del acuerdo precedente en su integridad, excepto los aspectos que se acuerde mantener expresamente.

Las partes han de señalar en los acuerdos su ámbito temporal, así como la forma, el plazo de preaviso y las condiciones de denuncia de estos, tal como dice el artículo 38.4 del TREBEP. Sin embargo, la llegada del plazo final de vigencia previsto con frecuencia no determina la extinción de la eficacia de la norma convenida. La regulación legal existente al respecto exige que el fin de la vigencia del acuerdo colectivo venga precedida de un acto de denuncia expresa de una de las partes que lo ha negociado que, si no se produce, provoca la prórroga automática de año en año del acuerdo existente, salvo acuerdo en contrario sobre este particular, tal como se establece expresamente en el artículo 38.11 del TREBEP.

En todo caso, la denuncia del acuerdo en el momento pertinente en que se agota la duración del instrumento convencional prevista por las partes, supone la extinción clara de su vigencia por la imposibilidad de recurrir a una prórroga anual de sus efectos y, al mismo tiempo, provoca el surgimiento de la obligación de negociar de buena fe con voluntad de llegar a un nuevo acuerdo.

Sin embargo, la llegada del plazo previsto por las partes y la denuncia del acuerdo puede no suponer necesariamente la finalización de los efectos del acuerdo colectivo. El artículo 38.12 del TREBEP prevé que la vigencia de los contenidos de los pactos y acuerdos una vez concluida su duración, se producirá en los términos que los mismos hayan es-

tablecido. Es decir, el acuerdo colectivo puede prever una pervivencia provisional del contenido convencional una vez concluida la duración pactada y sus posibles prórrogas más allá del período temporal inicialmente predeterminado por las partes. Pero si el acuerdo no la establece expresamente, no existe en el derecho de la función pública una ultraactividad automática. La existencia de una falta de previsión de la ultraactividad del acuerdo colectivo implica que deja de tener efectos una vez finalizado su vigencia o su prórroga legal o pactada, sin que pueda acudir a una aplicación analógica del artículo 86.3 del TRET³⁴.

El cumplimiento del plazo preestablecido y la denuncia expresa de las partes que impide la extensión de sus efectos a través de una prórroga, reactiva la obligación de negociar que como sabemos no es una obligación de llegar a acuerdo. Con lo que, cumplido el deber de negociar de buena fe sin posibilidades de conseguir un acuerdo por el estancamiento de la negociación, se plantea la duda razonable de si la Administración puede recurrir a una regulación unilateral de las condiciones de trabajo que, en la práctica, pueda interrumpir la ultraactividad de la norma convencional y provocar su sucesión por una regulación unilateral.

De hecho, el artículo 38.7 del TREBEP parece militar en contra de esta opción cuando señala expresamente que, en el supuesto de que no se produzca un acuerdo en la negociación, corresponde al órgano de gobierno de la Administración pública correspondiente establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones que prevén los apartados 11, 12 y 13 del mismo precepto.

Puede entenderse sin dificultades que en el período de la prórroga se producen los efectos propios de la vigencia de un acuerdo colectivo, con lo que no existiría el deber de negociar. Pero más dificultades existen para admitir que en la fase de ultraactividad de un acuerdo no se puede sustituir su regulación convencional por una disposición unilateral formulada después del cumplimiento de la obligación de negociar de buena fe. De la misma manera, parece que la sucesión convencional como mecanismo extintivo de los efectos últimos de un acuerdo colectivo no se puede oponer a su sustitución por una norma unilateral una vez expirada la duración prevista por las partes, previa denuncia y negociación de buena fe.

Una afirmación contraria significaría, sencillamente, que una vez concertado un acuerdo colectivo éste solo podría ser sustituido por una norma de origen paccionado, con lo que quedarían en entredicho las facultades de regulación unilateral que se conceden a la Administración y, en último término, el propio ejer-

cicio de su potestad reglamentaria que se considera debido por razones de interés público.

En todo caso, en el sistema del Estatuto de los funcionarios la prórroga es automática: «si no mediara denuncia expresa de una de las partes», tal como se dice en el artículo 38.11 del TREBEP. De esta manera el simple cumplimiento del plazo no determina la finalización de la vigencia del acuerdo salvo que exista un acto de denuncia que refleje la voluntad de una de las partes de dar por finalizada la eficacia de la norma colectiva. Por tanto, la aceptación de la prórroga del acuerdo vigente no es obligatoria y se puede interrumpir por la simple presentación del acto de denuncia que obliga a seguir el necesario procedimiento convencional y permite que en caso de desacuerdo la Administración pública pueda ejercitar sus facultades de regulación unilateral de las condiciones de trabajo³⁵.

En esta misma dirección, la ultraactividad pactada en un acuerdo colectivo no se puede oponer a la recuperación de las facultades unilaterales de la Administración cuando, cumplida la obligación de negociar y constatado el bloqueo de la negociación, se quieran establecer las condiciones de trabajo, ya que la determinación unilateral de dichas condiciones precedida de un serio intento para convenir, desencadena un efecto asimilable a la pérdida de vigencia del acuerdo anterior.

Precisamente, la determinación unilateral de las condiciones de trabajo a través de una regulación propia de características reglamentarias produce el efecto último de sustitución de la norma convenida sin que se pueda pretender que cualquier cambio en la regulación de la materia se sujete al respeto a las cláusulas de ultraactividad y sucesión convencional del propio acuerdo, lo que equivaldría a apuntar que el respeto a la obligación de negociar se eleva a la obligación de llegar a acuerdos produciendo una indudable mutación del procedimiento de negociación previsto en el Estatuto del funcionarios³⁶.

4. La aprobación del acuerdo por el órgano de gobierno

El artículo 38.3 del TREBEP prevé que la validez y eficacia del acuerdo colectivo obtenido en una mesa de negociación depende de su aprobación expresa y formal por parte del órgano de gobierno. Solo cuando los acuerdos hayan sido ratificados, su contenido es

directamente aplicable al personal incluido en su ámbito específico de cobertura.

El mismo precepto asevera que cuando haya falta de ratificación de un acuerdo ha de iniciarse la renegociación de las materias tratadas en el plazo de un mes si así lo solicitara al menos la mayoría de una de las partes.

En el supuesto de que no se produzca un acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez se hayan agotado, en su caso, los procedimientos de solución de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios, tal como señala el artículo 38.7 del TREBEP.

Por lo tanto, en este apartado de nuestro trabajo deberemos abordar las cuestiones siguientes:

- a) La naturaleza del acto de aprobación o ratificación del acuerdo y sus posibles límites y condiciones.
- b) El efecto último de la competencia otorgada a los órganos de gobierno para regular unilateralmente las condiciones de trabajo y, si es el caso, la posible relación que pueden mantener los resultados del proceso de negociación con el contenido de la regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios que se ha de disponer por dichos órganos de gobierno.

4.1. El acto de aprobación o ratificación del acuerdo

Como ya se ha dicho el acuerdo obtenido en una mesa de negociación es una propuesta normativa de determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que, a tenor del artículo 38.3 del TREBEP, carece de validez y eficacia jurídica y, por tanto, no resulta directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación.

La validez de una norma jurídica depende de su elaboración conforme a las reglas que rigen la producción normativa en un sistema jurídico. Las normas válidas existen y son obligatorias, es decir, tienen capacidad de obligar. La eficacia es la capacidad de producir efectos jurídicos, es decir, la capacidad real de una norma de ser aplicada y producir consecuencias en un determinado ámbito y espacio temporal. Sin validez y eficacia jurídica una norma no existe como tal, no es obligatoria y no produce efectos en un sistema jurídico y en una determinada realidad social (Bobbio, 1958: 36-39; Kelsen, 1988: II, 31-39).

Por lo tanto, el acuerdo colectivo nace como norma jurídica cuando el órgano de gobierno correspondiente, mediante el acto de aprobación, perfecciona el resultado obtenido a través de un procedimiento y de una mesa de negociación.

Sin embargo, el acto es de ratificación del resultado de la negociación, ya sea en un sentido positivo o negativo. Por lo tanto, existe una especial relación entre el acuerdo y el acto de ratificación que se nos aparece como una asunción del contenido elaborado por la mesa de negociación en base a un negocio jurídico bilateral que ha de permanecer inmutable. Con esto se quiere indicar que el órgano de gobierno puede aprobar o desaprobar el contenido del acuerdo adoptado por la mesa de negociación pero no lo puede alterar o constituir de nuevo al margen del proceso de negociación. El órgano de gobierno ha de decidir si aprueba o no el acuerdo en sus propios términos, es decir, sin posibilidad alguna de modificación (Carrera Ortiz, 1989: 268-269).

La lógica del artículo 38.3 de TREBEP es clara: el acuerdo de la mesa de negociación se ha de someter al órgano de gobierno para proceder o no a su aprobación. Por lo tanto, como hipótesis, el acuerdo del órgano de gobierno no tiene valor normativo en sí mismo considerado y solo consiste en la adopción de una declaración de aprobación o denegación pura y simple del contenido global del acuerdo³⁷. La aprobación presupone su válida integración en el sistema jurídico y la producción de efectos directos. La no ratificación abre el proceso de renegociación y, en última instancia, el de una posible determinación unilateral de las condiciones de trabajo.

Pero la opción última parece clara: aprobar o desaprobar. Ratificar o no ratificar.

Sin embargo, lo cierto es que la interpretación que ha de darse a la situación planteada no parece tan clara a la luz de la experiencia adquirida sobre esta particular relación. La articulación del acuerdo de mesa de negociación y del acto de aprobación resulta mucho más compleja y suscita una serie de cuestiones prácticas que pasamos a explicar de la forma siguiente:

- a) En algún caso concreto se ha entendido que la aprobación del acuerdo y el consiguiente ejercicio de la potestad reglamentaria presupone, única y exclusivamente, una declaración de no oposición al contenido del acuerdo obtenido en la mesa de negociación que sería respetado en sus aspectos básicos y esenciales a través de su incorporación a un texto reglamentario, pero que también podría ser «completado» en esa misma disposición por reglas que resultarían ser un ejercicio directo de la potestad reglamentaria sobre materias que es-

tán exentas de negociación o que no se han de negociar por constituir una mera cuestión de autoorganización que no precisaría de un previo trato colectivo. Es decir, el acuerdo de la mesa de negociación se integraría en una norma reglamentaria que tendría al mismo tiempo una eficacia declarativa, ya que actuaría como un acto de aprobación del acuerdo y, a la vez, una eficacia constitutiva, es decir, de creación de normas reglamentarias unilaterales en base a la disposición por el órgano de gobierno de su propia potestad de ordenación. El límite de este negocio recepticio estaría, pues, en la no contradicción de la norma reglamentaria con la regulación obtenida a través del procedimiento convencional en una mesa de negociación³⁸.

- b) El supuesto planteado se matiza y llega a invertirse cuando se señala explícitamente que la aprobación o ratificación por el órgano de gobierno de un acuerdo de la mesa de negociación ha de producirse de una manera formal y expresa, por lo que no puede presuponerse implícita en la incorporación del contenido de una parte substancial de dicho acuerdo en un texto reglamentario que, incluso, pudiera llegarse a considerar prácticamente idéntico. En consecuencia, cuando no existe un acuerdo formal y no se ha solicitado la renegociación, la Administración puede ejercer su potestad reglamentaria de una manera libre, ya que en este caso concreto dicha potestad operaría en defecto de un acto formal y expreso de ratificación produciendo una regulación unilateral que, de hecho, no incumpliría un acuerdo colectivo que no ha llegado a perfeccionarse de una forma completa, con lo que no existiría una obligación de respetar el texto pactado en el seno de una norma que no dejaría de ser una expresión de la potestad reglamentaria unilateral que ostenta el órgano de gobierno³⁹.
- c) Finalmente, no faltan supuestos en los que se defiende que, con independencia de la concreta potestad o instrumento que se acabe utilizando como depósito último del acuerdo de mesa de negociación, este ha de recoger el espíritu y el texto exacto alcanzado en el proceso de negociación sin que el acuerdo del órgano de gobierno, aunque resulte ser una expresión de su potestad reglamentaria, lo pueda recortar, alterar o vaciar de contenido, limitándose a ratificar o no la declaración negociada formulada por los representantes de la Administración sobre las condiciones de trabajo del personal funcionario del ámbito correspondiente⁴⁰. Tal como se dice en alguna de-

cisión: «Aunque la negociación no implica por sí misma que se lleguen a acuerdos no cabe duda de que si se dan esos pactos deben respetarse conforme a los principios de buena fe y observancia de lo pactado»⁴¹.

Sin embargo, los conflictos enunciados resultan expresivos de la necesidad de separar la aprobación del acuerdo colectivo del ejercicio simple de la potestad reglamentaria, de la misma manera que también acreditan la necesidad de diferenciar el proceso de la elaboración del acuerdo colectivo del procedimiento de elaboración de reglamentos o de otros actos jurídicos de ordenación y gestión del personal.

De hecho, en base al principio de buena fe que pauta el itinerario de la válida y eficaz que ha de obtener un acuerdo negociado, parece que la propuesta convencional obtenida en la mesa se ha de elevar al órgano de gobierno para su consideración, es decir, para que este la apruebe o no la apruebe, quedando abierto en este último supuesto el camino de la renegociación con las organizaciones sindicales para resolver las diferencias existentes o, si esta no se produce, la determinación unilateral las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

En todo caso, el procedimiento de negociación que permite la obtención de un acuerdo colectivo se compone y articula por una serie de fases que han de seguirse sin fisuras o intersticios formales contrarios al sentido de la ordenación de un curso procedimental que permiten su confusión con el procedimiento de elaboración de disposiciones generales para que, de esta manera, el acuerdo pueda alcanzar su plena validez y eficacia jurídica, sin que, a su vez, el ejercicio de la potestad reglamentaria, cuando proceda y siempre que proceda, se vea limitado por el contenido pactado en la mesa de negociación.

En esta dirección parece consolidarse una jurisprudencia que entiende que la validez y eficacia de un acuerdo colectivo depende de la aprobación del órgano de gobierno, y las consecuencias de la no aprobación del acuerdo solo se pueden deducir cuando exista una decisión negativa del órgano de gobierno. De hecho, la conclusión legalmente querida del proceso de negociación, cuando se alcance un acuerdo en la mesa, es la de su sometimiento al órgano de gobierno para su posible aprobación y no la posible inserción del contenido del acuerdo en una norma reglamentaria o en una simple disposición o resolución.

Una conclusión que se refuerza si se tiene en cuenta que el derecho a la negociación colectiva en el Estatuto de los funcionarios es esencialmente procedimental y solo se puede hacer valer con toda su efectividad si se siguen las diferentes fases en que se concreta legalmente. Por lo tanto, la negociación co-

lectiva ha de existir y ha de darse de buena fe produciéndose en un escenario y sistema de articulación propio de un acto o disposición compleja que es el que la ley ha considerado adecuado por el ejercicio del derecho. Y el ejercicio del derecho, también, implica que, cuando se haya obtenido un acuerdo, este ha de seguir el recorrido determinado por la ley para que pueda completarse y adquirir plena validez y eficacia jurídica⁴².

De la misma manera conviene separar la aprobación expresa y formal de los acuerdos colectivos obtenidos sobre materias que han de ser objeto de negociación de su integración en instrumentos de naturaleza mixta que presuponen un ejercicio parcial de la potestad reglamentaria o de la de organización sobre materias que no han de ser objeto de trato convencional. La confusión de uno y otro tipo de regulación en el mismo instrumento presupone que el órgano de gobierno correspondiente obvia el procedimiento de elaboración de reglamentos o de producción de normas convencionales que sería pertinente, con lo que se produciría una verdadera desviación de procedimiento⁴³.

Sin embargo, lo cierto es que la confusión de planos y de procedimientos en el proceso de elaboración de un acuerdo colectivo, se avala indirectamente por el mismo artículo 38.3 del TREBEP en el que se señala que: «Cuando tales acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de manera definitiva por los órganos de gobierno, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en su ámbito de aplicación, sin perjuicio de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de la normativa reglamentaria correspondiente».

Se trata de una cláusula que carece de sentido y abunda en la confusión que se ha querido plantear. A nuestro entender debe respetarse la autonomía y los efectos directos de un acuerdo colectivo que ha sido ratificado expresa y formalmente por el correspondiente órgano de gobierno. Es decir, el acuerdo colectivo formulado por una mesa de negociación que ha sido aprobado expresa y formalmente por un órgano de gobierno, correctamente inscrito y publicado, produce efectos directamente sin necesidad de su integración o recepción sustancial o instrumental en una norma reglamentaria. De la misma manera, el precepto reglamentario que resulte incompatible con un acuerdo colectivo posterior ha de entenderse tácitamente modificado o derogado en función del principio de modernidad que pauta las relaciones entre los actos normativos de un órgano dotado de potestad reglamentaria. Sencillamente, los acuerdos con contenido normativo, derogan los reglamentos de igual o inferior rango que se les pudieran oponer. De ahí que

la previsión de que a efectos formales se requiera la modificación o derogación, en su caso, de las normas reglamentarias pertinentes es redundante, innecesaria y productora de confusión⁴⁴.

En cuanto a los posibles límites del acto de aprobación expresa y formal sobre el acuerdo colectivo suscrito en una mesa de negociación, compartimos la opinión que mantiene que la aprobación o la no aprobación del mismo por el órgano de gobierno puede obedecer indistintamente a razones de legalidad y de oportunidad (Roqueta Buj, 2013: 77-78).

Es decir, la resolución del órgano de gobierno sobre la posible validez y eficacia del acuerdo colectivo es un «acto decisorio» esencialmente discrecional de naturaleza positiva o negativa⁴⁵. El grado de discrecionalidad de que dispone el órgano de gobierno solo está predeterminado por dos límites: uno es el principio de buena fe negocial, consustancial al procedimiento negociador y reconocido expresamente en el artículo 33.1 del TREBEP; el otro es la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos que consagra el artículo 9.3 de la CE (Rojas Rivero, 2009: 150-151).

Si el acuerdo se ha negociado de buena fe con seguimiento de las directrices e instrucciones dadas por el órgano de gobierno, cuando existan y se puedan acreditar como jurídicamente vinculantes, es evidente que el margen de libertad que pueda darse en la decisión discrecional de no aprobar el acuerdo de mesa de negociación se reduce, se ha de interpretar con cautela y con un criterio siempre restrictivo.

Sin embargo, a nuestro parecer, el margen de decisión sigue existiendo y lo que sucederá es que se habrá de justificar de una forma expresa y clara las razones por las cuales el órgano de gobierno decide apartarse del acuerdo alcanzado por sus representantes, una justificación que puede resultar más fácil cuando puede fundamentarse en motivos de legalidad o en el cambio de circunstancias que acrediten la necesidad de tener presentes otros intereses no considerados en el momento mismo de la negociación⁴⁶.

4.2. El establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo

De acuerdo con el artículo 38.7 del TREBEP, en el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación y una vez agotadas, en su caso, las vías de solución de conflictos, corresponde a los órganos de gobierno de las Administraciones es-

tablecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos.

La recuperación de la unilateralidad para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios no se produce únicamente cuando no se alcance un acuerdo en la negociación o en la renegociación. Aunque la ley no lo diga ha de entenderse que esta facultad se recobra también cuando el acuerdo conseguido en una mesa de negociación no alcance la ratificación expresa y formal del órgano del gobierno respectivo y no se solicite la renegociación o cuando concluido el proceso de renegociación no se consiga tampoco la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. Por tanto, si quisiéramos simplificar nuestra exposición diríamos que la capacidad para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios se recupera cuando no se consigue un acuerdo en la mesa de negociación o el acuerdo obtenido no alcanza la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno.

La regulación unilateral de las condiciones de trabajo de los funcionarios sobre materias que han sido objeto de negociación resulta ser una expresión de la potestad reglamentaria del órgano de gobierno que no ha de seguir el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general.

De hecho, el Estatuto de los funcionarios regula el curso preciso para el ejercicio de la competencia para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios que exige un trámite esencial consistente en un proceso de negociación de buena fe, se alcance o no un resultado, se consiga o no su ratificación. El procedimiento de negociación previsto habilita para la producción de normas convencionales o unilaterales que tienen por objeto el establecimiento de las condiciones de trabajo de los funcionarios. Por lo tanto, de acuerdo siempre con el mencionado procedimiento se producen normas convencionales o unilaterales, propias de este particular sistema normativo. De hecho, la potestad reglamentaria tiene muy distintas y variadas manifestaciones, y cuando se proyecta sobre una materia concreta, como pueden ser las condiciones de trabajo de los funcionarios, prima en este caso el procedimiento y el tipo acuerdo colectivo sobre el previsto para la elaboración de reglamentos y otras disposiciones generales, incluidas las formas propias resultantes del mismo.

El planteamiento es sencillo: el procedimiento propio de elaboración de las normas que determinan las condiciones de trabajo de los funcionarios es el de negociación colectiva, que puede culminar con la aprobación expresa y formal de lo que se haya pactado en la mesa de negociación o, si no se alcanza un acuerdo o no se obtiene la aprobación expresa y formal del

mismo, con el establecimiento unilateral de las condiciones de trabajo⁴⁷.

Finalizada la negociación sin acuerdo, el órgano de gobierno está facultado para determinar unilateralmente las condiciones de trabajo referidas a las materias que han sido objeto de negociación sin ninguna vinculación. Es decir, el órgano de gobierno no está obligado a ejercer su potestad normativa de carácter unilateral en los mismos términos en que quedaron fijadas las posiciones de las partes durante el proceso negociador, de manera que las eventuales cesiones que se hayan efectuado por la Administración durante dicho proceso negociador no han de quedar como un referente obligado en el ejercicio de su potestad para establecer unilateralmente las condiciones de trabajo.

Pero se entiende que en la etiología de la norma unilateral se ha de descubrir la dependencia y clara vinculación de la misma a un proceso de negociación que se ha concluido sin la obtención de un acuerdo, con lo que la determinación unilateral de las condiciones de trabajo ha de ceñirse a los asuntos tratados en la mesa, de manera que no puede extenderse el ámbito de la norma unilateral a materias no tratadas o a otras que han de quedar sometidas a un procedimiento distinto de elaboración⁴⁸.

En cuanto a la fijación del plazo de vigencia de la regulación unilateral que determine las condiciones de trabajo de los funcionarios, parece que nada impide a la Administración acotar el ámbito temporal de la regulación unilateral producida que puede tomar como referencia la propuesta de acuerdo presentada por el sindicato⁴⁹.

5. La naturaleza jurídica del acuerdo

Los acuerdos colectivos, que no deberíamos confundir con los pactos, pueden tener una indudable naturaleza normativa perfectamente señalada en la STC 1/2003, de 16 de enero, que en su referencia a la reserva de ley en la regulación del Estatuto de los funcionarios, declara que dicha reserva tiene un alcance relativo, lo que no impide la colaboración de las normas reglamentarias: «y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos)».

De esta manera, puramente incidental, el Tribunal Constitucional da pie a dos afirmaciones de una indudable transcendencia: los acuerdos colectivos pueden

constituirse en fuentes normativas integrantes del Estatuto de los funcionarios y se les considera con capacidad suficiente para desarrollar y complementar las determinaciones legislativas propias de dicho Estatuto en régimen de alteridad con el reglamento ejecutivo. Por lo tanto, el acuerdo colectivo posee la naturaleza jurídica de una norma y puede actuar como una fuente secundaria del Estatuto de los funcionarios⁵⁰.

De hecho, las normas colectivas se sitúan en una posición reforzada. No pueden ser modificadas o derogadas para otras normas que no se hayan adoptado a través del procedimiento convencional propio de su elaboración, se alcance o no un acuerdo colectivo (Ojeda Avilés, 1998: 542).

Esta especial resistencia se puede percibir en algún pronunciamiento en el que se señala expresamente que sobre las materias que han de ser objeto de negociación existe una reserva de procedimiento convencional y, en la misma medida, una implícita limitación a la posibilidad de que la ordenación de estas materias pueda realizarse por vía reglamentaria.

Aún más, si respecto a una determinada materia de las comprendidas en el ámbito objetivo de la negociación se ha producido un acuerdo que ha merecido la aprobación expresa y formal del órgano competente para darla, faltará el presupuesto para que este órgano de gobierno, al margen del acuerdo, o contradiciéndolo, pueda ejercer respecto de aquella particular materia su potestad reglamentaria, de manera que una eventual contradicción entre el acuerdo alcanzado y un reglamento posterior que lo desconozca resultaría ser una causa de invalidez de la norma reglamentaria⁵¹.

Esto es así porque el acuerdo derivado de la negociación colectiva no es propiamente una típica disposición reglamentaria. Al revés, el acuerdo colectivo limita o excluye la actividad reglamentaria en aquellos aspectos previamente negociados durante su período de vigencia, una vigencia que perdura hasta que es modificado o derogado por otra norma de origen convencional o por una norma unilateral posterior que se ha obtenido previo intento de una verdadera negociación con una seria voluntad de alcanzar un acuerdo (Del Rey Guanter; Luque Parra, 1997: 321-323).

Pero entre el reglamento, fuente normativa de carácter unilateral, emanado exclusivamente de un órgano de gobierno que retiene una determinada capacidad de configuración, y el acuerdo colectivo, fuente normativa fundada en un módulo convencional de carácter bilateral, emanada a través de un procedimiento de negociación, existe una diferencia cualitativa esencial⁵². Sencillamente, como se dice en algún pronunciamiento jurisprudencial, el contrapunto entre una y otra expresión de la potestad normativa de un ór-

gano de gobierno radica en que detrás del proceso de negociación y de obtención de un acuerdo colectivo existe un elemento democrático dado por la intensa participación de la representación mayoritaria de los interesados en la aprobación del texto convencional⁵³.

6. Conclusiones

Si se quieren extraer una serie de conclusiones en base a un análisis tan casuístico como el que se ha querido presentar se pueden proponer las siguientes:

- La negociación colectiva en la función pública es esencialmente una obligación de procedimiento pero no es un derecho a obtener un resultado. Por lo tanto, si el procedimiento de negociación se acaba ciñendo a simples aspectos formales como pueden ser la convocatoria de una mesa de negociación, la presentación de una propuesta y su discusión, dicho derecho se fragiliza y se reduce a un simple trámite cuya consecuencia última es el mantenimiento de las potestades unilaterales de la Administración para la determinación de las condiciones de trabajo de sus funcionarios.
- El proceso de negociación sólo puede darse a través de la constitución de la correspondiente mesa, con participación de las organizaciones sindicales legitimadas para tratar y sobre materias que legalmente han de ser objeto de consideración en el ámbito correspondiente.
- El acuerdo de la mesa de negociación es una propuesta que actúa como un elemento básico, esencial e inseparable de la norma jurídica en la que se transforma cuando ha recibido la aprobación expresa y formal del órgano de gobierno. El acuerdo y el acto de ratificación del órgano de gobierno presuponen la construcción de una disposición reglamentaria de carácter complejo; uno la dota de contenido, otro de validez y eficacia jurídica. La integración de voluntades y efectos jurídicos que el acuerdo supone no se debe ni se puede modificar, diluir o distorsionar sino se quiere mutar su naturaleza jurídica convirtiéndolo en una cosa distinta: una regulación unilateral.
- La falta de acuerdo en la negociación presupone, después de los pertinentes trámites de renegociación y recurso a los medios de solu-

ción de conflictos, la habilitación a la Administración para el dictado de una norma unilateral cuyo procedimiento de elaboración es el de la misma negociación, sin que pueda oponerse a su emisión la ultraactividad del acuerdo anterior o los compromisos parciales que se hayan podido adquirir por la Administración en el proceso de producción de un nuevo acuerdo que se ha visto frustrado por la negativa de las partes a convenir.

- e) El acuerdo obtenido en una mesa de negociación aprobado por el órgano de gobierno resulta ser una norma del Estatuto de los funcionarios públicos con capacidad suficiente para completarlo, desarrollarlo o aplicarlo sin que resulte necesaria su integración en una fuente reglamentaria típica.
- f) No deberíamos trasladar acríticamente los esquemas y las instituciones del derecho colectivo del trabajo a la función pública. La simple lógica de homologación de las formulas propias de derechos distintos resulta ser a nuestro parecer un instrumento insuficiente que ignora el dato esencial de su formación en cuadros normativos dotados de una lógica propia que no se debe equiparar sino descubrir.

Escribano Gutiérrez, J. (2011). Eficacia jurídica de los preacuerdos convencionales: la asamblea de empresarios. *Temas Laborales*, 108, 209-219.

Estrada, O. y Fernández, A.A. (2007). Norma Reglamentaria. En García Murcía, J. (Coord). *El sistema de fuentes de la relación laboral*. (pp. 131-159). Oviedo: Universidad de Oviedo.

Kelsen. H. (1988). *Teoría pura del derecho. II*. Barcelona: Edicions 62.

Monereo Pérez, J. L. (2009). El preacuerdo o pacto que pone fin a una controversia colectiva (dictamen jurídico). *CISS*, 219, 13-26.

Ojeda Avilés, A. (1998). La negociación colectiva en el sector público. En Castillo Blanco, F. A. (Coord). *Situación actual y tendencias de la función pública española* (pp 533-553). Granada: CEMCI

Poquet Català, R. (2016). La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe. *IUSlabor*, 1, 1-22.

Rojas Rivero, G. P. (2009). La eficacia jurídica de los instrumentos de la negociación colectiva en el empleo público. En De Soto Rioja, J. M. (Coord). *XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. (pp 141-156). Sevilla:Junta de Andalucía.

Roqueta Buj, R. (2013). *Negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Locales*. Granada: CEMCI.

Roqueta Buj, R. (17 de noviembre de 2016). El deber de negociar de buena fe en las Administraciones públicas. En Xabier Amor Martín (Presidencia). *Seminari sobre relacions col·lectives*. Federación de Municipios Catalanes, Barcelona.

Sánchez Torres, E. (1999). *El deber de negociar y la buena fe en la negociación colectiva*. Madrid: CES.

Solans Latre, M. A. (2003). *Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria. Partes negociadoras y procedimiento negociador*. Madrid: CES.

7. Referencias bibliográficas

Alfonso Mellado, C.L. (2007). Contenido y eficacia de la negociación colectiva de funcionarios en el estatuto básico. *Revista de Derecho Social*, 37, 53-82.

Bobbio, N. (1958). *Teoría della norma giuridica*. Torino: G. Giappichelli.

Cabeza Pereiro, J. (1995). *La buena fe en la negociación colectiva*. Santiago de Compostela: EGAP.

Cantero Martínez, J. (2001). *El empleo público: entre estatuto funcional y contrato laboral*. Madrid: Marcial Pons.

Carrera Ortiz, C. (1989). Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 38, 263-277.

Del Rey Guanter, S. (1991). *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*. Madrid: INAP.

Del Rey Guanter, S. y Luque Parra, M. (1997). Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos. *Relaciones Laborales*, 1997-I, 308-323.

Notas

- 1 STS, Sala de lo Contencioso, de 27 de octubre de 2014, rec. 3452/2013. La STSJ, Sala de lo Contencioso, de la Comunidad Valenciana de 2 de mayo de 2003, rec. 333/2001, de una forma gráfica nos dirá que: «una cosa es el «deber» de negociar, y otra bien distinta es la «posibilidad» de alcanzar acuerdos, fruto de la negociación».
- 2 STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de noviembre de 1994, rec. 56/1992.

- 3 STS, Sala de lo Contencioso, de 16 de noviembre de 1995, rec. 3770/1989.
- 4 STS, Sala de lo Contencioso, de 18 de octubre de 1995, rec. 7860/1991.
- 5 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla-La Mancha de 27 de noviembre de 2017, rec. 96/2016.
- 6 STS, Sala de lo Contencioso, de 6 de noviembre de 2017, rec. 3816/2015.
- 7 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 8 de septiembre de 2016, rec. 62/2015.
- 8 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 31 de mayo de 2017, rec. 312/2016.
- 9 STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 2018, rec. 215/2016.
- 10 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla y León de 14 de febrero de 2005, rec. 109/2001.
- 11 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 7 de marzo de 2017, rec. 385/2016.
- 12 STS, Sala de lo Contencioso, de 23 de mayo de 2011, rec. 6344/2009; y de 13 de febrero de 2018, rec. 2215/1015.
- 13 STS, Sala de lo Contencioso, de 27 de octubre de 2014, rec. 3452/2013.
- 14 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 10 de diciembre de 2008, rec. 6/2018; de La Rioja de 13 de septiembre de 2012, rec. 104/2012; y de la Comunidad Valenciana de 4 de marzo de 2013, rec. 703/2010.
- 15 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 30 de enero de 2019, rec. 485/2017.
- 16 STS, Sala de lo Contencioso, de 23 de abril de 2014, rec. 1252/2013; y STS, Sala de lo Social, de 3 de diciembre de 2015, rec. 86/2014.
- 17 STS, Sala de lo Contencioso, de 20 de diciembre de 2002, rec. 7829/1999; SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de las Islas Baleares de 17 de julio de 2001, rec. 1071/1997; de 10 de enero de 2006, rec. 1543/2003; de Aragón de 26 de octubre de 2009, rec. 341/2009; y de Madrid de 5 de mayo de 2011, rec. 389/2010.
- 18 STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2003, rec. 730/2000.
- 19 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 18 de septiembre de 2018, rec. 169/2016.
- 20 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Murcia de 29 de junio de 2009, rec. 625/2008.
- 21 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 26 de julio de 2004, rec. 3189/2002.
- 22 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Canarias, Las Palmas, de 17 de enero de 2014, rec. 225/2011.
- 23 STS, Sala de lo Contencioso, de 9 de junio de 2008, rec. 55/2005.
- 24 STS, Sala de lo Contencioso, de 25 de julio de 2002, rec. 2510/1997.
- 25 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Murcia de 10 de noviembre de 2017, rec. 21/2017.
- 26 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de las Islas Baleares de 10 de enero de 2006, rec. 1543/2003; de Madrid de 12 de junio de 2013, rec. 986/2012; y de La Rioja de 14 de julio de 2017, rec. 175/2016.
- 27 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Aragón de 11 de abril de 2007, rec. 313/2004; y de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2015, rec. 159/2014.
- 28 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Aragón de 23 de junio de 2008, rec. 197/2006.
- 29 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Galicia de 8 de mayo de 2013, rec. 790/2011, y de 27 de mayo de 2015, rec. 262/2013; y de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2013, rec. 252/2012.
- 30 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 9 de julio de 2013, rec. 234/2012.
- 31 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 5 de mayo de 2011, rec. 389/2010.
- 32 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 3 de mayo de 2011, rec. 303/2009.
- 33 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 25 de septiembre de 2014, rec. 50/2014.
- 34 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 1 de febrero de 2017, rec. 156/2016.
- 35 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 12 de junio de 2013, rec. 986/2012.
- 36 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de La Rioja de 14 de julio de 2017, rec. 175/2016 y de Islas Baleares de 27 de abril de 2018, rec. 555/2017.
- 37 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 26 de julio de 2004, rec. 3189/2002.
- 38 STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de mayo de 2008, rec. 7607/2003.
- 39 SSTS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2014, rec. 1650/2013; y de 8 de julio de 2015, rec. 1452/2014.
- 40 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Cataluña de 1 de octubre de 2003, rec. 241/2003; de Gran Canaria, Las Palmas, de 17 de enero de 2014, rec. 225/2001; y STSJ, Sala Social, de Castilla-León, Valladolid, de 14 de diciembre de 2017, rec. 10/2017.
- 41 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Castilla-La Mancha de 19 de enero de 2017, rec. 320/2013.
- 42 STS, Sala de lo Contencioso, de 22 de junio de 2015, rec. 2536/2014.
- 43 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 14 de mayo de 2001, rec. 4909/1998.
- 44 STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de octubre de 2009, rec. 1262/2006.

- 45 STS, Sala de lo Contencioso, de 16 de noviembre de 1994, rec. 2342/1993.
- 46 STS, Sala de lo Contencioso, de 7 de octubre de 2014, rec. 1650/2013.
- 47 SSTSJ, Sala de lo Contencioso, de Cantabria de 20 de mayo de 2005, rec. 113/2004; STS, Sala de lo Contencioso, de 9 de junio de 2008, rec. 55/2005.
- 48 STSJ, Sala de lo Contencioso, del País Vasco de 14 de mayo de 2001, rec. 4909/2001.
- 49 STSJ, Sala de lo Contencioso, de Madrid de 10 de mayo de 2017, rec. 209/2013.
- 50 STS, Sala de lo Contencioso, de 10 de mayo de 1993, rec. 296/1988; y de 18 de octubre de 1995, rec. 7860/1991 STS, Sala de lo Social, de 23 de enero de 1998, rec. 1498/1996; y STS, Sala Contenciosa, de 14 de abril de 2000, rec. 535/1996.
- 51 STS, Sala Contenciosa, de 16 de noviembre de 1995, rec. 3770/1989.
- 52 STS, Sala de lo Contencioso, de 30 de abril de 2014, rec. 1416/2013.
- 53 STS, Sala de lo Contencioso, de 27 de septiembre de 1996, rec. 6999/1992.