

Alfonso Mellado, Carlos L.:
***Los derechos colectivos de los empleados
públicos en el Estatuto Básico***
Editorial Bomarzo, Albacete, 2008

La editorial Bomarzo ofrece, dentro de su Colección Básicos de Derecho Social, *Los derechos colectivos de los empleados públicos*. La promulgación de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha renovado el interés por los aspectos colectivos del régimen jurídico del empleo público, particularmente en relación con la negociación colectiva. En este contexto, Carlos L. Alfonso Mellado —Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Valencia— se propone reflexionar y situar el estado de la cuestión tras la aprobación del Estatuto Básico, y hacerlo de una manera que, sin perder su carácter doctrinal, pueda ser de utilidad a los auténticos protagonistas: los gestores de los organismos públicos, los dirigentes sindicales, los empleados públicos y sus representantes. Lógicamente, la obra dedica más atención a los aspectos más novedosos, especialmente el régimen de la negociación colectiva, y se centra en lo que más se ha modificado —los derechos colectivos de los funcionarios— sin perder de vista la utilidad para el conjunto del empleo público.

Desde el punto de vista de su estructura, la obra se divide en dos partes claramente diferenciadas. La primera se dedica al estudio de la negociación colectiva y de la solución extrajudicial de los conflictos derivados de la misma; la segunda parte aborda el análisis de los restantes derechos individuales de ejercicio colectivo contemplados en el Estatuto Básico. Cuantitativamente no puede decirse que ambas partes estén equilibradas, pues la parte fundamental de la monografía se centra en la negociación colectiva, reservando las últimas páginas al resto de los derechos colectivos. Dado que la regulación de estos últimos en el Estatuto Básico es mínima o inexistente, el autor realiza una breve referencia a cada uno de ellos, haciendo especial alusión, en su caso, a las novedades normativas aportadas por la nueva regulación.

★ Doctora en Derecho. Universidad Rey Juan Carlos.

El objeto preferente de estudio de la monografía de que se trata es, por tanto, la negociación colectiva en el empleo público. Su análisis permite al autor pasar revista a situación de la negociación colectiva de los empleados públicos tras la aprobación del Estatuto Básico —con especial mención de la negociación de los funcionarios— así como de las posibilidades de negociación conjunta con el personal laboral, abordando tanto las cuestiones esenciales del procedimiento como las relativas al contenido de lo negociable y a la eficacia e interpretación de lo acordado.

En relación con el procedimiento de negociación, se destacan las principales opciones del Estatuto Básico, que en cierta medida mantiene los grandes criterios de la normativa anterior. Así, se configuran los ámbitos de negociación en Mesas de un cierto carácter estable; se mantiene la sindicalización de la negociación, de manera que carecen de legitimación para negociar las representaciones unitarias, incluso en las mesas de negociación conjunta; persiste, también, el carácter obligatorio de la negociación para la Administración en atención a sus competencias y en las respectivas mesas que procedan. Sentado lo anterior, se analizan las diferentes Mesas de negociación que pueden constituirse, poniendo de relieve en cada caso las cuestiones problemáticas que se suscitan, en muchos casos en cuanto a la legitimación negocial de la Administración —por ejemplo, en la mesa general de negociación— o de la parte social —en el ámbito de las mesas de negociación conjunta, en la que se excluye la presencia de los representantes unitarios—. Destaca, igualmente, la posibilidad de establecer mesas de negociación supramunicipal y la admisión de mesas sectoriales, de competencia residual, cuya creación ya no se hace depender de la enumeración legal —que desaparece— dejándose en manos de la Mesa general de funcionarios. Por lo demás, respecto a las Mesas de negociación laboral, éstas se sujetan a las previsiones del Estatuto de los Trabajadores, aunque el contenido de la negociación se somete a límites particulares —muy similares a los que rigen en la negociación funcional— particularmente en materia económica.

A continuación se analizan, separadamente, los instrumentos en que se concreta la negociación colectiva en el ámbito del empleo público: los Pactos y los Acuerdos, determinando su naturaleza jurídica y la eficacia de cada uno de ellos. A estos efectos, y puesto que en ambos casos se trata del fruto de la negociación colectiva, el punto de partida que orienta las consideraciones al respecto no puede ser otro que la propia definición de negociación colectiva que aporta el Estatuto Básico, marcada por la finalidad esencial de regulación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública.

En relación con los Pactos, el autor acude a la categoría de los contratos normativos para explicar el conjunto de elementos que los caracterizan: la eficacia normativa y general —*erga omnes*— en su ámbito de aplicación, la fuerza vinculante directa —que los diferencia de los Acuerdos—, así como la exclusión de la capacidad de reglamentación unilateral de las materias objeto del Pacto, por parte de la Administración en tanto en cuanto no haya fracasado la negociación. Por ello, aunque el Estatuto Básico prevé, excepcionalmente, la

posibilidad de suspender o modificar lo pactado, con carácter general, los Pactos no pueden ser alterados o privados de efecto durante su vigencia por una norma reglamentaria posterior; sin embargo, prevalecen sobre los reglamentos anteriores.

De la misma naturaleza que el Pacto —como contrato colectivo normativo— participa el otro instrumento en que se materializa la negociación colectiva funcional —los Acuerdos—, aunque con un importante matiz diferenciador, que se concreta en la necesidad de un acto posterior de la Administración que apruebe o ratifique lo negociado. Por ello, en realidad, el Acuerdo antes de su aprobación es un mero preacuerdo sujeto a ratificación por el órgano administrativo y sólo con ella adquiere la misma eficacia y fuerza vinculante que un Pacto. En relación con la necesaria ratificación de los Acuerdos, ante el problema de determinar el margen de discrecionalidad de la Administración, el autor concluye que ésta se encuentra limitada por las exigencias de la buena fe y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. La cuestión es, desde luego, trascendente, si se tiene en cuenta que —de manera análoga a lo que ocurre en relación con los Pactos— de no tener lugar la aprobación del Acuerdo, la Administración recupera la posibilidad de regular unilateralmente las condiciones de trabajo, sin perjuicio, claro está, de que pueda incorporar en tal regulación parte de lo pactado en el Acuerdo frustrado. En cualquier caso, la actuación de la Administración debe limitarse a la ratificación o no del Acuerdo, sin posibilidad alguna de modificar lo sometido a su aprobación.

Por otra parte, la naturaleza de los Acuerdos adquiere también un matiz distinto cuando la materia objeto de negociación sea de aquéllas sobre las que exista reserva de Ley. En estos casos, la negociación colectiva no pasa de ser una negociación prelegislativa, de manera que lo acordado no tiene eficacia jurídica directa, puesto que su aplicación dependerá de que se convierta en norma jurídica emanada del poder legislativo. Al órgano administrativo de gobierno que tenga iniciativa legislativa le compete remitir a los órganos legislativos, en el plazo establecido, un proyecto de Ley conforme al texto acordado. La suerte de dicho proyecto dependerá exclusivamente del legislador, que podrá aprobarlo, introducir modificaciones o rechazarlo. Por ello, como pone de manifiesto el Prof. Alfonso Mellado, en estos casos, más que una negociación jurídica, se busca un efecto socio-político para conseguir un cierto consenso en los proyectos de ley que afecten a las condiciones laborales de los funcionarios. No obstante, pese a que existe un proceso inicial de negociación, no se asiste a una negociación colectiva en sentido estricto, puesto que los Acuerdos no son jurídicamente vinculantes para el órgano legislativo. Se asiste, más bien, a una negociación “prelegislativa”.

La posible creación de mesas de negociación conjuntas para el personal laboral y funcionario justifica la particular mención que se dedica a la eficacia de los Pactos y Acuerdos en este ámbito. Tanto en un caso como en otro se trata de una eficacia dual, en función de la variedad de sujetos incluidos en su ámbito de aplicación; tendrá eficacia de Pacto o Acuerdo para el funcionario y eficacia de convenio colectivo respecto del personal laboral. Al hilo de

esta realidad se hace referencia a varias cuestiones, como la existencia de un único texto —con la consiguiente unidad de registro y publicación, — o la impugnación separada —ante la jurisdicción social o ante la contencioso administrativa— en función del colectivo afectado, de manera que en la vigencia de ese único texto puede haber incidencias diferenciadas. En el caso particular de los Acuerdos, la exigencia de ratificación rige para su eficacia tanto para los funcionarios como para el personal laboral y, tratándose de la negociación “prelegislativa”, la eficacia de lo pactado en ambos ámbitos será la misma, pues vendrá determinada por la propia del instrumento normativo dictado por el órgano legislativo correspondiente.

En relación con el contenido de la negociación colectiva, el autor señala que la regulación del Estatuto Básico pone de manifiesto dos tendencias contrapuestas. Así, existe una cierta interpretación en clave restrictiva de la negociación colectiva, que se deriva, por ejemplo, de la eliminación de la cláusula residual que en la anterior regulación establecía un principio general a favor de la negociación de cuantas materias afecten a las condiciones de trabajo; lo mismo cabe decirse de la ampliación de las materias excluidas de negociación, o de la alusión a los criterios generales sobre determinados aspectos que —a juicio del autor— debe interpretarse de manera extensiva, pues de lo contrario se estaría restringiendo considerablemente el derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública. Pero junto a estos aspectos, también pueden detectarse en el Estatuto Básico algunos atisbos de ampliación del ámbito de lo negociable que, fundamentalmente, se relacionan con una posible reinterpretación de la imperatividad que tradicionalmente se ha atribuido a las normas que regulan el empleo de los funcionarios. El Estatuto Básico avanza en este sentido, estableciendo algunas normas de mínimos o claramente dispositivas, abriendo expresamente, en consecuencia, espacios a la negociación colectiva en materias como la jornada, el régimen de permisos y las vacaciones. Además, las remisiones a normas reglamentarias —por ejemplo, en relación con las indemnizaciones por traslado— también posibilitan la negociación.

Con ocasión de lo anterior, se critica la interpretación, ampliamente extendida, sobre el carácter imperativo general de las normas que regulan las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, por asentarse sobre dos errores: por una parte, por desconocer la evolución experimentada por la propia Administración Pública, cada vez más orientada a llevar a cabo funciones que también se pueden desempeñar por el sector privado —proceso que el autor denomina “laboralización”—. El segundo error es una interpretación excesivamente rigurosa del artículo 103 CE, en la medida en que obliga a la existencia de un Estatuto legal que regule la función pública, de lo que se hace derivar un papel residual de la negociación colectiva. Con ello se olvida, como acertadamente manifiesta el autor, que la Constitución no prejuzga el carácter de las normas del Estatuto de la función pública, que por tanto podrán ser de mínimos o, incluso, dispositivas, más aún teniendo en cuenta el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva. Por tanto, es necesario establecer un equilibrio entre la norma estatal y la convencional, de tal manera que la pri-

mera pérdida parte de su protagonismo para hacer real y viable la segunda. Por eso, sin obviarse que las normas que regulan las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos tienen numerosos aspectos que deben ser considerados absolutamente imperativos —normas sobre selección o incompatibilidades, por ejemplo—, y pese al indudable juego de la reserva de Ley en este ámbito, como por ejemplo en materia retributiva, la rígida interpretación jurisprudencial debe flexibilizarse —laboralizarse, en palabras del autor— para entender que la negociación colectiva es hoy una pieza más del sistema. Por tanto, las construcciones jurisprudenciales y doctrinales elaboradas cuando dicha pieza no formaba parte del sistema, no son ya actuales ni admisibles. En definitiva, no puede interpretarse el Estatuto Básico de una manera tan rígida que lleve a olvidar que la negociación colectiva es un derecho que la propia norma reconoce.

El estudio de la eficacia y contenido de la negociación colectiva culmina con unas reflexiones sobre la impugnación de los Pactos y Acuerdos. Además de la impugnación directa —que pretende su anulación y consiguiente expulsión del ordenamiento— es posible la impugnación indirecta que no busca privar de efectos generales al Pacto o Acuerdo, sino su inaplicación al caso concreto. Aunque ambas acciones se sustancian ante el mismo orden jurisdiccional —el contencioso administrativo— sus efectos son bien distintos, por lo que el autor se refiere separadamente a cada una de ellas, centrando su atención en las cuestiones más relevantes de la impugnación directa —jurisdicción competente, objeto de la impugnación, legitimación y procedimiento—, así como en las dificultades derivadas de la impugnación indirecta.

A diferencia del ámbito privado, en caso de desacuerdo en las negociaciones, la Administración recupera sus prerrogativas; en concreto, recupera la capacidad de regular unilateralmente las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos. Sin embargo, esta actuación unilateral puede verse supeditada por el establecimiento de sistemas de solución extrajudicial de los problemas derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos. El Estatuto Básico, en una regulación que se asemeja considerablemente a la contenida en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores, prevé el establecimiento de la mediación y arbitraje en relación con las materias objeto de negociación. El Prof. Alfonso Mellado valora positivamente esta regulación, aunque desde su punto de vista —más audaz— se refiere a la posibilidad de haberla sustituido por una regulación arbitral de las condiciones de trabajo sobre las que hubiera desacuerdo, como solución más objetiva e imparcial que la regulación unilateral de tales condiciones por la Administración.

En relación con la interpretación de los Pactos y Acuerdos, el Estatuto Básico se refiere a dos formas de interpretación: una de carácter interno, llevada a cabo por las comisiones paritarias de seguimiento y otra, a través de la solución extrajudicial, que la norma extiende no sólo a los conflictos de negociación, sino también a los problemas de aplicación e interpretación de los acuerdos. Son objeto de atención preferente las primeras que, en función de sus competencias, pueden entrar en conflicto con las propias Mesas de negociación. Las

funciones de las comisiones de seguimiento pueden ser variadas e incluyen, desde luego, actuaciones interpretativas y en orden a la eficacia de lo pactado, como ocurre con las comisiones paritarias de los convenios colectivos. Ahora bien, en ningún caso pueden tener funciones negociales, reservadas exclusivamente a las Mesas de negociación. Las principales dudas en este ámbito se plantean en relación con la eficacia que pueda atribuirse a la actuación interpretativa de dichas comisiones, para lo que habrá de estarse a lo acordado en el propio Pacto o Acuerdo que las cree. En este sentido, será posible que su actuación interpretativa se incorpore al acuerdo y goce de su misma eficacia. Específicamente, en relación con los Acuerdos, no parece que el órgano administrativo tenga que ratificar la actuación interpretativa de la comisión, siempre y cuando ésta se atenga fielmente a sus funciones. Por último, respecto a la posible impugnación que cuestione la interpretación llevada a cabo por la comisión paritaria, los tribunales pueden examinar tanto su legalidad como el grado de adecuación al texto original del Acuerdo o Pacto. No obstante, el autor considera deseable que esto último escape de la revisión jurisdiccional, aunque es consciente de que tal conclusión es difícilmente sostenible con la actual regulación.

La segunda parte de la obra presenta un carácter más heterogéneo pues, dentro del común denominador de los derechos de ejercicio colectivo de los funcionarios públicos, se dedica a realizar una breve referencia de otros derechos reconocidos en el Estatuto Básico de la Función Pública. Es el caso de la libertad sindical, que el Estatuto Básico se limita a reconocer, sin introducir ninguna novedad en la materia. Al respecto, el autor se cuestiona hasta qué punto el legislador podía haber reconocido la posible existencia de secciones sindicales conjuntas de personal laboral y funcionario, en la medida en que se reconoce la negociación conjunta. Con ello, se daría validez legal a lo que viene siendo la práctica sindical a efectos internos —aunque a efectos externos sea negado por la jurisprudencia— de modo coherente con la doctrina constitucional que entendió que está cuestión podía dejarse en manos de los afiliados, como expresión de la libertad de organización del sindicato.

También es objeto de atención el derecho de reunión, que el Estatuto Básico reconoce y regula en términos de continuidad con la normativa anterior, aunque de un modo más simplificado, lo que abre la puerta al posible desarrollo tanto por la legislación autonómica como por parte de la propia negociación colectiva. En relación con el personal laboral, la normativa del Estatuto Básico convive con la aplicación de la regulación laboral contenida en el Estatuto de los Trabajadores. Ello provoca algunos desencuentros, como ocurre en el caso del porcentaje de colectivo afectado que necesariamente tienen que representar los convocantes de la asamblea del personal laboral, que el autor resuelve por aplicación del Estatuto Básico, cuyos términos prevalecen sobre el Estatuto de los Trabajadores, como norma posterior de aplicación al personal laboral.

Las consideraciones relativas al derecho de huelga de los empleados públicos se centran, básicamente, en el sistema de fijación de los servicios mínimos, cuya aplicación puede poner en entredicho la imparcialidad de la autoridad

gubernativa cuando la huelga se plantea en el ámbito de la Administración, como medida de presión frente a ella. Ante estas situaciones se hace necesario encontrar un sistema de fijación imparcial de los servicios mínimos o, al menos, un sistema de control externo —rápido y eficaz— de las decisiones adoptadas al respecto, para garantizar la efectividad del derecho de huelga. Dadas las deficiencias del control jurisdiccional actualmente vigente, se propone estudiar otras alternativas que consistan, por ejemplo, en la introducción de procedimientos arbitrales. No obstante, hasta que se adopte una solución al respecto, se indican algunas pautas para conseguir una mayor efectividad en el control judicial de la fijación de los servicios mínimos, que pasan por utilizar las medidas cautelares para dejar sin efecto de modo provisional —cuando así sea necesario— las medidas adoptadas; o, también, mediante el adecuado reconocimiento del derecho a una indemnización en los casos en que se acredite que el exceso de medidas acordadas ha lesionado el derecho de huelga.

La monografía se cierra con unas breves consideraciones sobre la representación unitaria de los empleados públicos, materia en la cual el Estatuto Básico contiene una regulación parcial y claramente continuista respecto a la LORAP, por ejemplo en cuanto al mantenimiento de las estructuras de representación tanto del personal laboral como funcionario; lo mismo puede decirse en relación con las garantías y el deber de sigilo de los representantes, así como respecto a la duración de su mandato. Se aprecia, sin embargo, una ligera disminución de sus funciones respecto de la normativa anterior, que el autor interpreta como un paso más en la tendencia a sindicalizar las relaciones de representación en el empleo público. Por lo demás, el Estatuto Básico continúa excluyendo la legitimación negocial de las representaciones unitarias, de manera que en el ámbito funcional dicha legitimación es estrictamente sindical.

En definitiva, el lector tiene ante sí una obra que permite obtener, de una manera ágil, una visión panorámica completa de los derechos colectivos de los empleados públicos. La brevedad que caracteriza las monografías de la Colección Básicos de Derecho Social, lejos de desmerecer el contenido a la obra, permite ir a los temas esenciales, aportando opiniones judiciales y jurisprudenciales, así como criterios personales del autor que, fruto de su reflexión sobre las materias objeto de análisis, le permiten hacer interesantes propuestas *lege ferenda* para mejorar determinados aspectos de la actual regulación, especialmente en materia de negociación colectiva.