



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA

2009
Barcelona



Seminari

**sobre relacions
col·lectives**



Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya

Sou lliure de:



copiar, distribuir i comunicar públicament l'obra

Amb les condicions següents:



Reconeixement. Heu de reconèixer els crèdits de l'obra de la manera especificada per l'autor o el licenciator (però no d'una manera que suggereixi que us donen suport o rebeu suport per l'ús que feu de l'obra).



No comercial. No podeu utilitzar aquesta obra per a finalitats comercials.



Sense obres derivades. No podeu alterar, transformar o generar una obra derivada d'aquesta obra.

- Quan reutilitzeu o distribuïu l'obra, heu de deixar ben clar els termes de la llicència de l'obra
- Alguna d'aquestes condicions pot no aplicar-se si obteniu el permís del titular del drets d'autor.
- No hi ha res en aquesta llicència que menyscabi o restringeixi els drets morals de l'autor.

Els drets derivats d'usos legítims o altres limitacions reconegudes per llei no queden afectats per l'anterior



FEDERACIÓ DE MUNICIPIS
DE CATALUNYA



Acuerdo de
Formación Continua
en las Administraciones
Públicas

Edita

Federació de Municipis de Catalunya
Via Laietana 33, 6è 1a. 08003 Barcelona
Tel. 93 310 44 04

Disseny i maquetació

Lacuina gràfica

Sumari

1 **Negociació col·lectiva i jubilació parcial i anticipada del personal de les corporacions locals; funcionaris i laborals.**
Rafael Laraña

Marc jurídic i ús del crèdit sindical i altres mitjans a disposició dels representants dels empleats públics.
Fernando Barbancho

La suspensió o modificació dels pactes i acords de funcionaris per causa greu d'interès públic.
Alberto Palomar Olmeda

2

3 **Negociació col·lectiva de les retribucions del personal laboral: límits i possibilitats.**
Tomàs Sala Franco

Introducci6

L'any 2009 correspon a l'11a edició del Seminari sobre relacions col·lectives. La consolidació assolida en els darrers anys ens obliga a ser encara més ambiciosos en els temes que es posen sobre la taula. En aquest sentit, enguany el Seminari tractarà dos blocs de qüestions força importants en aquests moments com són el paper de la negociació col·lectiva en relació amb la jubilació parcial i anticipada de funcionaris i personal laboral, i el règim retributiu d'uns i altres. A ningú no se li escapa la rellevància dels dos temes que per ells mateixos donen per a molt. Juntament amb això, es dedicaran dues ponències a qüestions molt específiques: d'una banda, la relativa al crèdit horari sindical i altres eines d'ús per part dels representants dels empleats públics, i, de l'altra, un assumpte que ha estat escassament tractat fins ara en els fòrums però que pot assolir, en el futur, una gran importància (la possibilitat de modificar o suspendre el compliment dels pactes o acords quan hi hagi causes greus d'interès públic). La voluntat de la Federació de Municipis de Catalunya, un cop més, a través del Seminari sobre relacions col·lectives és, no només permetre conèixer juristes i professionals de primera fila que ens trametin la seva reflexió sobre els assumptes que tractem, sinó també servir de punt de trobada per al debat i la resolució de dubtes que són d'interès per a tots els que han de gestionar, cadascú des del seu lloc, la funció pública local catalana.

Ponências



Negociació col·lectiva i jubilació parcial i anticipada del personal de les corporacions locals; funcionaris i laborals.

Rafael Laraña, Subdirector de Jubilació.
Direcció provincial de l'INSS a Barcelona.

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y JUBILACIÓN PARCIAL Y ANTICIPADA DEL PERSONAL DE LAS CORPORACIONES LOCALES; FUNCIONARIOS Y LABORALES.

RAFAEL LARAÑA

*Subdirector de Jubilación
Dirección Provincial de l'INSS de Barcelona*

El debate	1
El escenario	1
1. Jubilación con condición de mutualista	1
2. Jubilación sin condición de mutualista	2
3. Jubilación especial a los 64 años	3
4. Jubilación parcial	3
La comparación	6
1. Jubilación con condición de mutualista.....	6
2. Jubilación sin condición de mutualista.....	6
3. Jubilación especial a los 64 años	7
4. Jubilación parcial.....	7
El campo de la negociación colectiva	8
Personal laboral	8
Personal funcionario	9

El debate

Cuando existen diversos colectivos de trabajadores que reúnen unas características similares y reciben una protección diferente de nuestro sistema de la Seguridad Social, inmediatamente, surge el debate y se origina una presión para conseguir lo que se considera el ideal de cobertura.

Tradicionalmente este ideal es el que acompaña a los trabajadores por cuenta ajena bajo el poder de organización y dirección de un empresario, definidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores e incluidos en el régimen general de la Seguridad Social.

Éste es trasfondo que genera este debate, porque es evidente que existen diversas modalidades de jubilación anticipada que no se ofertan por igual a todos los trabajadores, sino que dependen de una serie de requisitos que algunos de los colectivos que vamos a examinar no pueden cumplir.

Para abordar el problema, en primer lugar, debemos conocer el escenario en el que nos movemos, aclarar los conceptos y determinar si nos encontramos ante situaciones discriminatorias o modalidades de pensión que atienden a hechos diferenciados que justifican el acceso a la jubilación anticipada por diferentes vías.

El escenario

El acceso a la jubilación anticipada se ha basado tradicionalmente en un derecho transitorio (con base en las expectativas de derecho que se respetan tras la liquidación del mutualismo laboral), completado en los años ochenta con medidas de fomento del empleo (jubilación especial a los 64 años y jubilación parcial).

Sin embargo, este clásico panorama se modifica a finales de los 90, con la progresiva flexibilización de la jubilación parcial y, a partir del año 2002, con la aparición de la jubilación anticipada para las personas que no tienen condición de mutualista.

Examinemos la situación actual de cada una de estas modalidades.

1. Jubilación con condición de mutualista

Para acceder a esta modalidad de jubilación anticipada es necesario cumplir con estos requisitos:

- Cotizaciones anteriores a 1/1/1967 en una mutualidad de trabajadores por cuenta ajena que permitiera la jubilación a partir de los 60 años. Es lo que llamamos “tener condición de mutualista”.
- Encontrarse, en el momento de causar la pensión, en alta o en situación asimilada a la del alta.

El sistema, desde su nacimiento, permite la jubilación a partir de los 60 años, pero penaliza la cuantía de la pensión, con la reducción de un 8% por cada año o fracción de año que le falta a la persona solicitante por cumplir los 65 de edad.

Aquí nace uno de los primeros debates que vamos a examinar. Se consideraba que esta penalización era excesiva (en nuestro entorno europeo no se penalizaba la jubilación anticipada o se hacía de un modo más suave). Por otra parte, se defendía que, en un sistema contributivo como el nuestro, no era lógico aplicar la misma penalización a las personas que habían trabajado 15 años que a las personas que habían desarrollado una larga carrera de cotización.

La cuestión se resuelve a partir de 1/1/2002, cuando se modifican los coeficientes reductores por la anticipación de la edad de jubilación y, junto a la clásica reducción del 8% por cada año de anticipación, se crean unos coeficientes más favorables en atención a 2 circunstancias:

- **La causa del cese en el trabajo:** se trata de evitar perjuicios a las personas que se ven expulsadas del mercado de trabajo en edades críticas en las que es muy difícil su reincorporación a una actividad. Esta salida del mundo laboral prácticamente aboca a estas personas a solicitar la pensión de jubilación, como única posibilidad de protección. Por esta razón, a partir de 1/1/2002, las personas que ven extinguido su contrato de trabajo por una causa no imputable a su voluntad pueden acceder a estos coeficientes más favorables.
- **El número de años trabajados:** como indicábamos antes, parece que un esquema contributivo debe tratar mejor a las personas que han desarrollado una larga carrera de cotización. A partir de

1/1/2002, siempre que se cumpla el requisito del cese involuntario, se suavizan los coeficientes reductores de la edad de jubilación en función de los años completos de cotización que se acreditan. Esta escala de coeficientes reductores, modificada también por la ley 40/2007, es en la actualidad la siguiente:

Coeficientes reductores

COTIZACIÓN		30-34	35-37	38-39	40 o más
EDAD		7'5%	7%	6'5%	6%
Cese involuntario	60	0,625	0,65	0,675	0,70
	61	0'70	0'72	0'74	0'76
	62	0'775	0'79	0'805	0'82
	63	0'85	0'86	0'87	0'88
	64	0'925	0'93	0'935	0'94
					Pacto colectivo

Este esquema tradicional, que había permanecido invariable desde la creación de sistema (1/1/1967), curiosamente se modifica profundamente por segunda vez en solo 6 meses. Junto con la creación de nuevos coeficientes reductores para las personas que han cesado involuntariamente en su trabajo, a partir de 14/7/2002 (fecha en que entra en vigor la Ley 35/2002), también se da acceso a ellos a las personas que cesan voluntariamente y, como consecuencia de un pacto colectivo, sus empresas les han pagado, en los últimos 24 meses, una indemnización superior a los límites legalmente establecidos.

Surge ya el primer término de comparación, sobre todo en áreas, como la administración local, en las que conviven diferentes tipos de relaciones como la laboral y la funcionarial.

2. Jubilación sin condición de mutualista

El famoso esquema tradicional del acceso a la jubilación anticipada como un mecanismo de derecho transitorio se agota con el tiempo. Lo cierto es que, en este punto, el sistema de Seguridad Social español partía con ventaja sobre el resto de sistemas de nuestro entorno europeo: sin necesidad de adoptar medidas impopulares (como ha ido ocurriendo en Francia, Italia o Alemania) la media de edad de jubilación subiría por sí sola, puesto que cada vez hay menos gente que puede tener condición de mutualista y, finalmente, llegarán generaciones (los nacidos a partir de 1/1/1953) en las que ya no existirá ninguna posibilidad de haber cotizado antes de 1/1/1967.

Así las cosas, se “desprecia” esta teórica ventaja y, a partir también de 1/1/2002, se inventa una nueva modalidad de jubilación anticipada: la de las personas que no tienen condición de mutualista.

Para el acceso a esta modalidad se requieren estos requisitos:

- Tener cumplidos 61 años.
- Acreditar, como mínimo, 30 años de cotización.
- Acreditar que se ha producido la extinción involuntaria de un contrato de trabajo.
- Acreditar, como mínimo, una demanda de empleo durante los 6 meses anteriores a la fecha en la que se solicita la pensión.

Es evidente que, lo que en principio parecía una poco recomendable puerta más a la jubilación anticipada, en realidad es una respuesta necesaria a lo que indica la pura realidad de nuestro mercado de trabajo: las personas son expulsadas cada vez más jóvenes. En los años 80 alarmaba la noticia de que existían ceses masivos a los 55 años, en los años 90 esto ocurría a los 52 años. Actualmente ya conocemos noticias de ceses a los 49 años. En esta situación, el puente entre la salida del mercado de trabajo y el acceso a la pensión de jubilación para los que no tienen condición de mutualista es, a todas luces, demasiado largo.

Por todo ello se inventa esta modalidad, que no afecta a cualquiera, sino a las personas con una edad laboral ya crítica (61 años) expulsadas del mercado de trabajo contra su voluntad (extinción involuntaria de su contrato), con una carrera de cotización importante (30 años) y que buscan activamente una colocación sin conseguirla (6 meses, como mínimo, como demandantes de empleo).

Esta vía también se amplió, a partir del 14/7/2002, con una filosofía bastante menos sólida, para las personas que cesaran voluntariamente, con 30 o más años de cotización, y, en virtud de pacto colectivo hubieran cobrado, en los 24 meses inmediatamente anteriores a su jubilación, una indemnización superior a los límites legalmente establecidos.

Volvemos a encontrar aquí un término de comparación en el que, teóricamente, sale malparado el personal funcionario respecto del que tiene un contrato laboral.

3. Jubilación especial a los 64 años

Se trata de una modalidad de anticipación de la edad de jubilación prevista en el Real decreto 1194/1985, de 17 de julio. Se basa en que, un trabajador con 64 años de edad cumplidos, solicita la pensión de jubilación y su empresa le sustituye por una persona desempleada e inscrita como demandante de empleo. A todos los efectos de seguridad social, la persona que se jubila tiene 65 años (no se le exige condición de mutualista, no se le aplican coeficientes reductores por anticipar la edad de jubilación...).

Esta modalidad, por su propia naturaleza, también se aplica exclusivamente a los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Jubilación parcial

Esta figura también nace como una medida de fomento del empleo y se crea por Real decreto 1991/1984, de 31 de octubre.

En un principio no tuvo, prácticamente, ninguna aceptación, puesto que partía de un esquema muy rígido, en el que un trabajador reducía su jornada y su salario un 50% y, a través de un contrato de relevo, la empresa debía contratar a una persona desempleada para ocupar precisamente este mismo porcentaje de jornada.

Jubilación parcial (RD 1191/1984)

Jornada de la persona que solicita la jubilación parcial	Completa
Edad con condición de mutualista o sin ella	62 años.
Reducción de la jornada	50%
Periodo mínimo	Derecho a la pensión de jubilación

A finales de los años 90 se produce un fuerte impulso de los contratos a tiempo parcial y de la jubilación parcial. Desde este momento se van dictando normas que flexibilizan cada vez más esta modalidad de jubilación, hasta la Ley 12/2001, de 9 de julio.

Desde este momento, en el ámbito laboral, la utilización de la jubilación parcial experimenta un incremento espectacular y se utiliza cada vez con mayor frecuencia para reestructurar empresas.

Jubilación parcial (julio 2001- diciembre 2007)

Jornada de la persona que solicita la jubilación parcial	Completa o parcial.
Edad con condición de mutualista o sin ella	60 años (reales o ficticios).
Reducción máxima de la jornada	85%
Periodo mínimo	Derecho a la pensión de jubilación.

Una vez superado el tirón inicial de esta modalidad de jubilación se ponen de relieve numerosos problemas no solucionados que van poniendo en crisis el modelo:

- Los convenios colectivos van modificando la estructura de los grupos profesionales para conseguir hacer más rentable la jubilación parcial a las empresas y aumentar el número de trabajadores que se pueden acoger a ella.
- El equilibrio entre aportaciones y prestaciones se va perdiendo (se contrata a relevistas con una base de cotización muy inferior a la que tenía el jubilado parcial).
- La fuerte demanda de esta modalidad presiona para que se siga flexibilizando el marco legal hasta desvirtuar la verdadera finalidad de esta pensión. Lo cierto es que la legislación que creó y desarrolló la jubilación parcial no pretendió (o si lo hizo erró) establecer una modalidad coherente con las que ya existían y sostenible.
- **¿Existe la jubilación parcial?**

Esta modalidad nace, siguiendo la tendencia de otros países de nuestro entorno europeo, para facilitar el tránsito progresivo desde la situación de activo a la situación de pensionista.

Sin embargo, en la realidad, se ha ido instaurando como una modalidad encubierta de jubilación anticipada. A partir de la aplicación de la Ley 12/2001 se aprecia claramente que la reducción de jornada, mayoritariamente, es del 85% (popularmente la jubilación parcial pasa a llamarse "la jubilación 85-15" en referencia a cobrar el máximo y trabajar lo mínimo).

Plantea, en ocasiones, graves problemas para las empresas (cómo gestionar estas jornadas tan reducidas). También plantea problemas para los trabajadores que buscan anticipar la edad de jubilación, no seguir trabajando (lo que se refleja en el progresivo aumento de la IT en los periodos de llamada a la actividad). También ha producido excesos en la propia negociación colectiva (simplificación abusiva de la estructura profesional para abaratar las jubilaciones parciales, compromisos de no llamada a la actividad, creación de equivalencias de grupos profesionales a los exclusivos efectos de la jubilación parcial...).

Posiblemente esta figura no cumple ya, en absoluto, con la finalidad que originó su creación.

- **La sostenibilidad del modelo.**

Otra de las dudas que surgen con la progresiva generalización de la jubilación parcial es si esta figura es sostenible. A nadie se le oculta el elevado coste que comporta, en sí misma y en la futura pensión de jubilación ordinaria o anticipada:

- En sí misma, puesto que mejora las condiciones económicas de cualquier jubilación anticipada. En efecto, a los 60 años, según el cuadro de los coeficientes reductores que hemos visto anteriormente, podemos acceder a una pensión de jubilación de entre el 60% y el 70% de nuestra base reguladora (dependiendo de la causa del cese en el trabajo y el número de años cotizados). Sin embargo, la jubilación parcial, a la misma edad, nos permite llegar al 85%, complementado con un 15% de salario.
- En la futura pensión de jubilación: puesto que para su cálculo, siempre que se mantenga un trabajador relevista, las cotizaciones realizadas a tiempo parcial se incrementarán hasta el 100% de la cuantía que hubieran tenido si no se hubiera producido la reducción de la jornada.
- **La ley 55/2003.**

En este panorama de eclosión de la jubilación parcial, la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del personal sanitario, reconoce en su artículo 26.4 el derecho a la jubilación parcial en su ámbito de aplicación.

La consagración de este derecho marca un hito muy importante en el debate que examinamos: por primera vez se configura la jubilación parcial fuera del Estatuto de los Trabajadores.

Dos circunstancias auguraban un accidentado y tortuoso camino a este derecho:

- El legislador se limita a enunciar el derecho a la jubilación parcial, sin más, y se remite a los requisitos generales establecidos en la normativa de Seguridad Social.
- La jubilación parcial ya se vislumbraba, a finales del año 2003, como una modalidad que, pese a ser muy atractiva para empresas y trabajadores, presentaba serias dificultades para su sostenibilidad.

Los augurios se han confirmado y el derecho anunciado en el artículo 26.4 no ha sido desarrollado, lo que ha generado un la judicialización del problema, que examinaremos más adelante.

- **EI EBEP.**

La Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, añade un nuevo dato al panorama que estamos examinando. En plena incertidumbre sobre el acceso a la jubilación parcial del personal estatutario, el artículo 67 del EBEP consagra, a su vez, el derecho a la jubilación parcial de los funcionarios.

Lejos de tranquilizar las aguas, este nuevo derecho las agita más, si cabe, y acentúa la necesidad de encontrar una salida a la ya enquistada situación que se había producido por la falta de desarrollo del derecho a la jubilación parcial del personal estatutario.

La fórmula utilizada en el EBEP, al igual que la de la Ley 55/2003, es tan tajante (no hay duda de que se reconoce este derecho) como incierta (se proclama un derecho sin remisión específica a su desarrollo reglamentario ni a los instrumentos necesarios para hacerlo efectivo).

- **La ley 40/2007.**

Hasta este momento contemplamos un panorama absolutamente equívoco: el teórico planteamiento de una jubilación parcial tan atractiva para trabajadores y empresas es, en realidad, un escenario muy arriesgado para la salud y la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones. Sin embargo, a nivel legal esta situación no se ha reflejado todavía. Más bien al contrario, parece que el legislador sigue optando por la ampliación de este derecho a diferentes colectivos.

Por primera vez, en la gestación de la Ley 40/2007, sale a la luz la problemática real de esta modalidad de jubilación y se idean límites y cortapisas a la extensión que se está produciendo. No fue una tarea fácil legislar de forma restrictiva en esta materia, sobre todo en una ley que debía ser ejemplo de consenso entre todos los grupos parlamentarios.

Las limitaciones se establecieron en torno a los siguientes ejes:

1º La edad de acceso a la jubilación parcial: ya que esta modalidad no exige la condición de mutualista, se debe establecer esta edad, también, a los 61 años.

2º Periodo mínimo de cotización: con el mismo razonamiento anterior, se debe exigir un periodo mínimo de cotización de 30 años (equiparado al que se ha establecido para la jubilación anticipada sin condición de mutualista).

3º Se pretende primar el carácter de jubilación gradual y atenuar la sensación de que se trata de una jubilación anticipada encubierta. Para ello se necesita que el jubilado parcial realice una mayor jornada de trabajo. De este modo, se pretende que la reducción máxima sea del 75%.

4º Por último, se busca acabar con ciertas prácticas abusivas, por las que determinados colectivos modifican la naturaleza jurídica de su prestación de servicios para poder acceder a la jubilación parcial. Desde este punto de vista, se exigirá un periodo mínimo de antigüedad en la empresa desde la que se solicita esta pensión.

El redactado final de la Ley 40/2007 muestra lo difícil que ha sido la negociación en esta materia, ya que se van a aplicar hasta 5 periodos transitorios diferentes.

La nueva regulación, además, plantea excepciones temporales y excepciones definitivas a su regulación, como se muestra en el siguiente cuadro:

Año	Edad (sin condición de mutualista).	Antigüedad	Periodo mínimo	Reducción máxima.	Convenio o pacto.
2008	60 años.	2 años.	18 años.	85%	Sí
2009	60 años y 2 meses. (*)	3 años.	21 años.	82%**	Sí
2010	60 años y 4 meses. .(*)	4 años.	24 años.	80%**	NO
2011	60 años y 6 meses. .(*)	5 años.	27 años.	78%**	
2012	60 años y 8 meses. .(*)	6 años.	30 años.	75%**	
2013	60 años y 10 meses.				
2014	61 años.				

(*) Hasta el **31/12/2012**, se tendrá derecho a la jubilación parcial a los **60 años** si se acreditan estos requisitos

(**) Se podrá mantener la reducción máxima del 85%, sin límite de fecha, si se acreditan estos requisitos

-**Relevista**: contratado a jornada completa y por tiempo indefinido.
- **Jubilado**: 30 años de cotización y 6 de antigüedad en la empresa.

Finalmente, este nuevo régimen se aplicará plenamente a partir del año 2014, si no se vuelve a modificar antes.

La comparación

Con este panorama surge, inevitablemente, la comparación entre colectivos que realizan servicios para una misma administración, pero con una vinculación diferente: personal laboral y personal funcionario.

De esta comparación queda el poso de un injusto tratamiento del colectivo de funcionarios, que considera que su posición, en lo que se refiere a la jubilación anticipada, es de peor condición.

Entremos, pues, en el juego y establezcamos la comparación.

1. Jubilación con condición de mutualista

Es evidente que, aunque ambos tipos de servicios estén encuadrados en el régimen general, el acceso a la pensión de jubilación no será en condiciones de igualdad absoluta. Los 2 colectivos podrán optar por la jubilación a partir de los 60 años si se acredita la condición de mutualista, pero los nuevos (y mejores) coeficientes reductores solo pueden afectar a los trabajadores por cuenta ajena sujetos a un contrato de trabajo:

- Son los únicos que pueden justificar la extinción involuntaria de un contrato de trabajo, para poder aplicar la vía que se inició a partir de 1/1/2002.
- Tradicionalmente, el acceso por el cese voluntario e indemnización se pacta en empresas con un poder financiero importante, que no pueden justificar las condiciones para acudir a la figura del despido colectivo a través de un expediente de regulación de empleo. La administración pública, en ninguno de sus ámbitos, ha acudido nunca a esta figura.

Esta diferencia de tratamiento, a mi modo de ver, se encuentra perfectamente justificada en la diversa situación en la que se encuentran el trabajador por cuenta ajena y el funcionario.

En efecto, el “mejor” trato que recibe el trabajador con relación laboral está justificado en la peor o más precaria situación en la que se encuentra ante la extinción de su relación. Es lógico que todos los trabajadores costeemos una mayor protección de estas situaciones en las que una adversa situación laboral puede acabar con la carrera de cotización que se mantenía durante 30 o más años sin posibilidad de reemprenderla.

Esta coherencia, sin embargo, queda en entredicho cuando se mejora el coeficiente reductor de aquellas personas que cesan voluntariamente y han percibido, en los últimos 24 meses, una indemnización superior a los límites legalmente establecidos. No se justifica, a mi modo de ver, el mejor trato hacia estas personas que, además de dejar voluntariamente el mercado de trabajo, lo hacen en buenas condiciones económicas.

2. Jubilación sin condición de mutualista

Al igual que defendíamos anteriormente, cuando se produce una expulsión del mercado de trabajo por la extinción involuntaria de un contrato, la diferencia de trato no existe en términos reales, ya que el funcionario no se ve expulsado de su trabajo a una edad cada vez menor.

Por esta razón, en mi opinión, no se puede considerar que el personal funcionario incluido en el régimen general deba tener abierta la posibilidad a la jubilación anticipada sin condición de mutualista en igualdad de condiciones que el trabajador por cuenta ajena, con relación laboral.

3. Jubilación especial a los 64 años

No existe duda de que esta modalidad de jubilación está configurada para los trabajadores por cuenta ajena con contrato de trabajo. Sin embargo, realmente, parece que no debería existir ninguna limitación a su utilización también dentro del ámbito de la función pública.

¿Por qué no facilitar la salida anticipada de un funcionario/a a cambio de la incorporación de una persona desempleada a la función pública?

Desde luego, la utilización de esta modalidad no puede realizarse sin una norma de rango suficiente que le dé cobertura legal, pero no sería descabellado pensar en una forma de acceso más ágil que la oferta anual de empleo público, para cubrir los puestos vacantes por el acceso a la jubilación especial a los 64 años del personal funcionario. Bastaría con una mínima planificación sobre el colectivo que va a cumplir esta edad y que exprese, con la antelación suficiente, su compromiso de acogerse a esta medida. Conociendo este dato sería relativamente sencillo iniciar los procesos de selección para cubrir las futuras vacantes.

4. Jubilación parcial

Realmente, a nivel legal, ya no existe ninguna discriminación entre el trabajador por cuenta ajena y el funcionario, puesto que, como ya hemos visto, el EBEP recoge plenamente el derecho a la jubilación parcial del empleado público.

Sin embargo, este derecho reconocido no se ha hecho efectivo. ¿Cuál es el problema que impide el ejercicio de la jubilación parcial?

Como ocurre con el personal estatutario, la ley se limita a enumerar un nuevo derecho del funcionario, en las “condiciones establecidas en el régimen de seguridad social que le sea aplicable”.

Resulta que este régimen, en el ámbito de la Administración Local, es el general. Pues bien, tanto el artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social como el Real decreto 1131/2002, de 31 de octubre, que lo desarrolla en materia de jubilación parcial, hacen referencia, exclusivamente, a las contrataciones y requisitos establecidos en el Estatuto de los Trabajadores.

A nadie escapa que estas contrataciones no pueden aplicarse, en modo alguno, al acceso a la función pública. Por esta razón, tanto el Ministerio de Trabajo como el Instituto Nacional de la Seguridad Social, han considerado que no se puede ejercer este derecho sin que, previamente, se dicte la norma reglamentaria que establezca cuáles son las condiciones, los requisitos y la figura jurídica por los que se instrumentará la jubilación parcial de los funcionarios.

Evidentemente, la vis atractiva que tiene el derecho a la jubilación parcial ha provocado una fuerte tensión en el colectivo de funcionarios, que ha luchado denodadamente para conseguirlo y espera, impaciente, la forma de ejercerlo.

La demora en el desarrollo ha provocado, al igual que ya ocurría con el personal estatutario, la presentación de multitud de demandas y la judicialización del conflicto.

Finalmente, la contienda judicial iniciada por el personal estatutario ha llegado al Tribunal Supremo que, en una reciente sentencia de la Sala General, de 22 de julio, ha fallado a favor de las tesis del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

La lectura de la sentencia es muy recomendable, porque refleja perfectamente el debate que ha existido en torno al personal estatutario y que se ha reproducido en el seno del personal funcionario. La decisión no ha sido fácil y existe un voto particular, formulado por 4 de los magistrados.

- **El voto particular.** Sin perjuicio de la lectura detenida de sus argumentos, paso a resumir las principales razones que provocan la discrepancia de los 4 magistrados que lo suscriben.
 - En primer lugar, consideran que la Ley 55/2003 se aprueba en un marco creado por el legislador para incrementar la implantación de la jubilación parcial en nuestro país y aproximarla a la conseguida en otros sistemas de protección social.
 - Consideran que el derecho establecido en el artículo 26.4 de la Ley 55/2003 es de aplicación inmediata, ya que no hace ninguna referencia expresa a la necesidad de un desarrollo reglamentario.
 - Además, afirman que no es necesaria la creación de una figura específica, ya que la propia Ley 55/2003, en su artículo 60.1, prevé la realización de jornadas a tiempo parcial.
 - Por último, rechazan las alusiones de la sentencia a 2 normas de aprobación posterior y que no deben ser tenidas en cuenta para interpretar el artículo 26.4: la Ley 7/2007 y la Ley 40/2007.

- **La sentencia.** Sin perjuicio también de la lectura detenida de su contenido, paso a resumir los principales argumentos que fundamentan el fallo:
 - El artículo 26.4 no reconoce un derecho “incondicionado”, sino que hace una referencia a los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. El artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social y el Real decreto 1131/2002 se refieren, respectivamente a “trabajadores” y “trabajadores por cuenta ajena”, en el sentido establecido en el Estatuto de los Trabajadores.
 - El artículo 166 de la Ley General de la Seguridad Social establece que el régimen jurídico de la jubilación parcial será “el que reglamentariamente se establezca”. Por esta razón, el reglamento actúa como el **presupuesto** que el legislador ha establecido para el ejercicio de este derecho.
 - Esta circunstancia no es nueva, ya que los propios trabajadores por cuenta propia tienen reconocido su derecho a la jubilación parcial, pero únicamente “en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”, según establece la disposición adicional octava de la Ley General de la Seguridad Social (términos y condiciones que tampoco han sido desarrollados en la actualidad).
 - El propio EBEP establece en su disposición adicional sexta que el Gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados un estudio que contenga recomendaciones para asegurar la no discriminación entre colectivos con características similares y la conveniencia de ampliar la posibilidad de acceder a la jubilación anticipada de determinados colectivos.
 - La Ley 40/2007 también se utiliza como “criterio interpretativo” que corrobora la firme voluntad del legislador sobre la necesidad de que exista un desarrollo reglamentario, al destacar que su disposición adicional séptima insiste en la necesidad de que, en el plazo de un año, el Gobierno presente un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos.

Entiendo que esta sentencia ha cerrado el debate jurídico sobre la aplicación inmediata o diferida del derecho a la jubilación parcial de los funcionarios.

Es cierto que se está enjuiciando la aplicabilidad del artículo 26.4 de la Ley 55/2003, pero la identidad de supuestos y la referencia expresa al EBEP reflejan con claridad la opinión de la Sala General del Tribunal Supremo en esta materia.

El campo de la negociación colectiva

El último punto de análisis de esta comunicación se centra en determinar cuál es el papel de la negociación colectiva en el marco de la jubilación anticipada y parcial de la Administración Local.

Personal laboral

En este punto la negociación colectiva tiene la misma capacidad y potencial que en el sector privado. Por lo tanto, podrá (y deberá) desarrollar las condiciones para:

- El acceso y las condiciones para el fomento o limitación de la anticipación de la edad de jubilación.
- Los compromisos para establecer posibilidades de jubilación especial a los 64 años.
- Los compromisos para facilitar o fomentar la jubilación parcial:
 - o Planificación de los recursos humanos.
 - o Personal al que puede o no afectar.
 - o Estructuración profesional de la plantilla en grupos y categorías.
 - o Derechos salariales de los jubilados parciales (complementos que se pueden mantener).
 - o Posibilidades de acumulación de la jornada a realizar (siempre por periodos anuales, si no cambia la legislación).
 - o Derechos y obligaciones del jubilado parcial.

Lo cierto es que la regulación de la jubilación parcial que se observa en los convenios colectivos es muy superficial y se limita a compromisos muy generales y de escaso contenido.

Junto con las materias que he enumerado anteriormente sería muy aconsejable regular la situación en la que quedan las personas que, tras solicitar la pensión de jubilación parcial, reciben una denegación por parte de la Entidad Gestora.

Sobre esta situación el legislador ha guardado silencio y tampoco encontramos ninguna referencia en el Real decreto 1131/2002. Sin embargo, la denegación de este derecho provoca una situación muy difícil

tanto para la empresa (en este caso corporación local), como para la persona que pretendía jubilarse y la persona que actúa como relevista.

En el plano estrictamente jurídico podemos encontrar soluciones plenamente satisfactorias, como es la nulidad de las contrataciones: si se han suscrito unos contratos que tenían como causa el pase a la situación de jubilación parcial y ésta no se reconoce, ya no hay causa para las contrataciones, por lo que aquéllos devienen nulos y no producen efectos: el jubilado parcial vuelve a su situación anterior (contrato a tiempo completo) y el relevista no lo ha sido nunca, por lo que vuelve a ser desempleado o recupera el contrato de duración de terminada que tenía con anterioridad.

Sin embargo, la coherencia jurídica no siempre coincide con lo deseable en la práctica. Por ello, la negociación colectiva podría incorporar compromisos para paliar la incertidumbre que genera la denegación de una jubilación parcial (clarificación de la situación de los contratados, de la responsabilidad del contratante, posibilidad de indemnización...) o incluso compromisos para evitar estas situaciones (reversión del contrato del jubilado parcial y reconversión del contrato del relevista, asesoramiento previo con la Entidad Gestora ante los casos dudosos...).

Personal funcionario

El derecho a la negociación colectiva está perfectamente reconocido en el artículo 33 del EBEP, con sometimiento a los principios de legalidad y cobertura presupuestaria.

Pues bien, así como en el ámbito laboral la negociación colectiva mantiene las mismas posibilidades que en la empresa privada, en lo que se refiere a la función pública nos encontramos con un problema insalvable: la falta de normativa que podamos desarrollar.

- **Jubilación anticipada:** como hemos analizado a lo largo de esta comunicación, la principal diferencia entre la relación laboral y la funcionarial estriba en las modalidades de jubilación anticipada basadas en la extinción involuntaria de contratos de trabajo. Difícilmente podrá modificarse esta configuración a través de la negociación colectiva si no existe un marco legal previo que amplíe las posibilidades y las condiciones de jubilación anticipada en el sector público.

En esta materia, como en la jubilación parcial, nos encontramos actualmente en una situación de transición (de estudio) en la que el Gobierno debe analizar y proponer.

Una vez culmine esta etapa y se apruebe la correspondiente normativa, cobrará protagonismo la capacidad de mejorarla, ordenarla o adecuarla a situaciones concretas que tiene la negociación colectiva.

Lo mismo ocurre con la referencia que hacíamos a la posibilidad de extender a los funcionarios la modalidad de la jubilación especial a los 64 años. Si no existe una norma previa que cree esta figura al margen de la relación laboral no será posible establecer mecanismos y compromisos para su utilización.

- **Jubilación parcial:** para bien o para mal entiendo que la sentencia de la Sala General del Tribunal Supremo de 22 de julio acaba con el debate jurídico sobre la aplicación inmediata o diferida de la jubilación parcial en el ámbito del EBEP.

Por esta razón no es posible otorgar actualmente un papel determinante a la negociación colectiva, sino a la actuación política. El debate vuelve a situarse en conseguir que el desarrollo reglamentario del derecho a la jubilación parcial (de estatutarios, funcionarios y trabajadores por cuenta propia) se sitúe como una prioridad en la agenda política.

Para ello, sin duda, habrá que actuar con realismo y entender el escenario en el que nos movemos. El planteamiento sobre la jubilación parcial ha cambiado y mucho desde el año 2001. Ya no nos encontramos ante una situación en la que el legislador pretenda impulsar una figura infrautilizada y extenderla de forma decidida. Este modelo (en el que se basa el voto particular de los magistrados del Tribunal Supremo) está en crisis y el legislador ha emprendido ya (a partir de la Ley 40/2007) actuaciones para racionalizar la aplicación de la jubilación parcial.

Junto con las medidas de freno que establece esta ley en el ámbito laboral, también se emprende un camino de cautela y prudencia para abrir la jubilación parcial a nuevos colectivos: hay que estudiar la legislación de funcionarios y estatutarios y hay que crear un marco de jubilación parcial "que no genere problemas de sostenibilidad".

Por todo lo anterior, ahora es el momento de hacer planteamientos realistas, sostenibles y serios. Los agentes sociales, si quieren agilizar e influir en este desarrollo reglamentario, deben abandonar su papel de negociadores y asumir su papel de impulsores de una normativa que, a todas luces, está encallada.

2

Marc jurídic i ús del crèdit sindical i altres mitjans a disposició dels representants dels empleats públics.

Fernando Barbancho. Professor de dret del treball de la Universitat de Barcelona.

La suspensió o modificació dels pactes i acords de funcionaris per causa greu d'interès públic.

Alberto Palomar Olmeda. Magistrat-jutge del contenciós administratiu i professor de dret administratiu de la Universitat Carlos III de Madrid.



Seminari
sobre relacions col·lectives



MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS A DISPOSICIÓ DELS REPRESENTANTS DELS EMPLEATS PÚBLICS

Fernando Barbancho
Professor de Dret del Treball
Universitat de Barcelona

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: estatal**
 - Arts. 7, 28.1, 103.3, 129.2 i 149.1.18^a CE
 - Arts. 1, 2, 8 a 10 i 12 a 15 LOLS (LO 11/1985, 2-8)
 - Arts. 15.a, 15.e, 31, 32, 39, 40, 41 i 46 LEBEP (L. 7/2007, 12-4)
 - Arts. 65.2 i 68 TRET (RDLeg. 1/1995, 24-3)
 - Art. 37 LPRL (L. 31/1995, 8-11)
 - Arts. 7.8, 7.9, 8.5 i 8.8 TRLISOS
 - Art. 3.1.a TRLPL
 - Arts. 114 a 122 LJCA

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: internacional**

- Conveni OIT núm. 151 de 27-6-1978 (ratificat 22-6-1984): protecció del dret de sindicació i procediments per a la determinació condicions d'ocupació en l'administració.
- Conveni OIT núm. 135 de 23-6-1971 (ratificat 8-11-1972): protecció i facilitats als representants dels treballadors en l'empresa.
- Conveni OIT núm. 87 de 9-7-1948 (ratificat 13-4-1977): llibertat sindical i protecció del dret de sindicació.
- Conveni OIT núm. 98 de 1-7-1949 (ratificat 13-4-1977): aplicació dels principis dels drets de sindicació i de negociació col·lectiva.

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: administració local catalana**
 - Art. 300 T.R. Llei Municipal i de Règim Local de Catalunya (D.Leg. 2/2003, 28-4).
 - Arts. 106 i 107 D.Leg. 1/1997, 31-10 (refosa en text únic dels preceptes de determinats textos legals vigents a Catalunya en matèria de funció pública).
 - Pacte sobre Drets Sindicals en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat de Catalunya de 22-12-2004 (Res. TRI/1065/2005, 11-3).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**

- Complexitat, inicial, del marc jurídic
- Aplicació de l' EBEP (funcionaris), TRET (laborals) i LOLS i Pacte Drets Sindicals (funcionaris i laborals).
- Doble canal de representació: Unitari –comitè d'empresa, delegats de personal; junta de personal, delegats de personal- i Sindical -seccions sindicals i delegats sindicals- (STC 95/1996, 29-5).
- Diferent naturalesa de les representacions sindical i unitària: dret constitucional de llibertat sindical / creació legal no constitucional (SSTC 118/1983, 13-12; 74/1996, 30-4; 95/1996, 29-5).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - **Representació unitària no titular del dret de llibertat sindical (SSTC 45/1984; 134/1994, 9-5; 74/1996), però si els representants unitaris desenvolupen activitats sindicals estan protegits per la llibertat sindical (STC 188/2004, 2-11).**

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - **Contingut Llibertat Sindical**: l'art. 28.1 CE no estableix "*numerus clausus*".
 - Drets d'organització –expressament-;
 - Dret a l'activitat sindical – no expressament-: mitjans d'acció necessaris per complir les funcions constitucionalment reconegudes als sindicats (SSTC 94/1995, 19-7; 168/1996, 29-10; 70/2000, 13-3).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - **Essencial**: drets i facultats constitucionalment reconeguts
 - Negociació col·lectiva, excepte els funcionaris (STC 57/1982, 27-2; SSTS 1-2-1995 y 8-5-2000).
 - Vaga
 - Adopció de mesures de conflicte col·lectiu

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**

- **Adicional:** facultats i drets atribuïts per normes legals, reglamentàries o per la negociació col·lectiva (SSTC 13/1997, 27-1; 145/1999, 22-7; 44/2001, 12-2; 76/2001, 26-3; 121/2001, 4-6; 18/2003, 30-1).
 - Drets d'activitats i facilitats de la LOLS: seccions sindicals (art. 8), delegats sindicals (art. 10), permisos negociació convenis (art. 9.2), facultats dels sindicats més representatius o que acreditin una mínima representativitat (arts. 6, 7 i 9.1), participació institucional, càrrecs sindicals.
 - Drets de la legislació ordinària: promoció “d'eleccions sindicals”.
 - Es poden reconèixer només a determinats sindicats (més representatius, representatius), però amb el límit de la prohibició de discriminació.

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - Contingut Llibertat Sindical:
 - **Individual** – art. 2.1 LOLS-:
 - Constitució de sindicats
 - Afiliació i no afiliació a sindicats
 - Activitat sindical, tant dels afiliats com dels no afiliats, sense que pugui significar cap mena de perjudici per a qui desenvolupa funcions representatives per compte d'un sindicat o participa en activitats promogudes pels sindicats – garantia d'indemnitat- (SSTC 134/1994, 9-5; 74/1998, 31-3; 191/1998, 29-9; 30/2000, 31-1; 44/2001, 12-2; 200/2007, 24-9)

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - Contingut Llibertat Sindical:
 - **Col·lectiva** (sindicats) –art. 2.2 LOLS-:
 - Autoorganització: estatuts, reglaments, organització activitats internes, programa d'acció, estructura, seccions sindicals i representants d'aquestes –portaveus, delegats sindicals-.
 - Seccions Sindicals i Delegats Sindicals –doble vessant-: instàncies organitzatives internes i representacions externes (STC 61/1989, 3-4).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - **Contingut Llibertat Sindical:**
 - Col·lectiva (sindicats) –art. 2.2 LOLS-:
 - Activitat sindical, dins i fora de l'empresa: negociació col·lectiva, dret de vaga, plantejament de conflictes individuals i col·lectius, presentació de candidatures en les “eleccions sindicals” (en els termes previstos en les corresponents normes), i qualsevol altra forma lícita d'actuació per al compliment de les seves finalitats (p.ex. drets de llibertat d'expressió i a la llibertat d'informació –dret a opinar i difondre informació en temes d'interès laboral i sindical, STC 198/2004, 15-11).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **MARC JURÍDIC: conclusions**
 - **Tutela de la Llibertat Sindical** – art. 13 LOLS-:
 - Laborals: ordre social
 - Funcionaris: ordre contenciós-administratiu (procediment especial de tutela dels drets fonamentals); però coneixerà l'ordre social en cas de
 - Conflicte intern del sindicat
 - Conflicte entre sindicats
 - Quan l'acció de tutela afecti a un sindicat com organització, independentment que els seus afiliats siguin funcionaris (que no sigui la relació directa funcionari-Administració).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**

- **Regulació:**

- Representants unitaris:

- Laborals: art. 68. e TRET

- Funcionaris: art. 41.1.d EBEP i Pacte de Drets Sindicals

- Representants sindicals:

- Art. 10 LOLS i Pacte de Drets Sindicals

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**
 - **Configuració:**
 - Garantia dels representants unitaris i sindicals
 - Mitjà per al compliment de les seves funcions
 - **Naturalesa:**
 - Permís retribuït, però no sotmès al règim jurídic d'aquests.
 - Vinculat amb el contingut essencial de la llibertat sindical (STC 40/1985, 13-3).
 - Dret de lliure disposició, no fiscalizable (no requereix sol·licitud prèvia ni autorització).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**
 - **Àmbit:**
 - Per centre de treball -o empresa- (laborals)
 - Per unitats electorals (funcionaris)
 - Seccions Sindicals – Delegats Sindicals: per unitats electorals (STS, 3^a, 31-3-2006).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**

- Ús:

- Per realitzar tant les funcions purament representatives com les sindicals (no es poden computar les hores invertides en la negociació col·lectiva de l'art. 9.2 LOLS).
 - Extensió pel TC i TS del concepte de funcions i activitats representatives i sindicals.
 - Especial protecció pel TC i TS respecte de la facultat empresarial de control i vigilància de l'ús del crèdit horari
 - Només es pot sancionar en cas d'ús abusiu o irregular (i amb l'acomiadament si és suficientment greu –p.ex. utilitzar el crèdit horari per gaudir de vacances-).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**
 - **Gaudiment:**
 - Referit al temps de la jornada de treball (i períodes considerats com de treball efectiu -STS, 4^a, 10-11-2005-) i a les activitats representatives coincidents amb la mateixa.
 - En el cas que no es pugui utilitzar per raons d'incompatibilitat horària, obligant al treballador a utilitzar part del seu temps de descans, procedeix el corresponent descans compensatori.

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**

- **Remuneració:**

- Manteniment de la mateixa retribució que si presta efectivament treball (garantia d'indemnitat retributiva).
 - Exclusió dels conceptes que no tenen caràcter ordinari, sinó extraordinari, prestacions singulars, hores extres o incentius per objectius (STS, 4^a, 2-2-2008, reconeix el dret d'un alliberat sindical a percebre un incentiu que només es genera per l'assistència real i efectiva al treball).
 - Exclusió dels conceptes no salarials, pel seu caràcter compensatori, excepte que l'exercici de les seves funcions comporti realitzar despeses similars (STS, 4^a, 9-10-2002).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ÚS DEL CRÈDIT HORARI:**
 - **Acumulació:**
 - Previsió:
 - Conveni col·lectiu (estatutari o extraestatutari) per als laborals i els delegats sindicals.
 - Legal pel als funcionaris (art. 41.1.d EBEP)
 - Àmbit:
 - Entre representants de la mateixa naturalesa (unitaris o sindicals (excepció: Pacte Drets Sindicals),
 - Encara que tinguin diferent afiliació (STS, 4^a, 17-6-2002) per als laborals; de la mateixa candidatura per als funcionaris.

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ALTRES MITJANS: LOCAL**

- **Regulació:**

- Representants unitaris:

- Laborals: art. 81 TRET

- Funcionaris: res en l' EBEP (en la LORAP, art. 42.4); Pacte de Drets Sindicals.

- Seccions sindicals (determinades):

- Art. 8.2.c LOLS

- Pacte de Drets Sindicals

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ALTRES MITJANS: LOCAL**
 - **Configuració:**
 - Mitjà per al compliment de les seves funcions
 - **Característiques:**
 - Adequació (v. Pacte Drets Sindicals)
 - **Gaudiment:**
 - No necessari en exclusiva (v. Pacte Drets Sindicals) i es pot compartir amb la resta de representacions (v. art. 81 TRET respecte de les representacions de les empreses contractistes i subcontractistes).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ALTRES MITJANS: TAULER D'ANUNCIS**
 - **Regulació:**
 - Representants unitaris:
 - Laborals: art. 81 TRET
 - Funcionaris: res en l' EBEP (en la LORAP, art. 42.5)
 - Seccions sindicals (determinades):
 - Art. 8.2.a LOLS

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ALTRES MITJANS: TAULER D'ANUNCIS**
 - **Configuració:**
 - Mitjà per al compliment de les seves funcions
 - **Característiques:**
 - Visibles
 - Accessibles
 - **Gaudiment:**
 - En principi, en exclusiva.
 - Un per cada centre de treball (o unitat administrativa amb ubicació independent).

MARC JURÍDIC I ÚS DEL CRÈDIT HORARI I ALTRES MITJANS REPRESENTANTS

- **ALTRES MITJANS: INFORMACIÓ SINDICAL**
 - **Regulació:**
 - Seccions sindicals (totes):
 - Art. 8.1.b i c LOLS
 - **Configuració:**
 - Mitjà per al compliment de les funcions dels sindicats
 - **Àmbit:** informacions sindicals i laborals
 - **Ús:**
 - Fora de les hores de treball
 - Sense pertorbar l'activitat normal
 - Es pot utilitzar el correu electrònic de l'empresa –intranet- sempre que s'utilitzi moderadament, no perjudiqui l'ús de l'empresa del correu i no provoqui més costos (STC 281/2005, 7-11).

LAS DIFICULTADES APLICATIVAS DEL AP.10 DEL ARTÍCULO 38 DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO.

Alberto Palomar Olmeda

Magistrado – Juez de lo Contencioso Administrativa
Profesor Universidad Carlos III de Madrid

1. EL PLANTEAMIENTO CENTRAL: HACÍA UNA CONCERTACIÓN ASIMÉTRICA DE LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS.....	1
2. UNA CUESTIÓN PREVIA: LOS ACUERDOS Y PACTOS EN EL EBEP Y SU VINCULACIÓN ENTRE LAS PARTES.....	3
3. EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL.....	7
4. LA <<DESVINCULACIÓN>> UNILATERAL DE LO PACTADO.....	10
4.1. En el ámbito funcionarial.....	11
4.2.- En el ámbito laboral.....	17
5.- UNA CUESTIÓN RELEVANTE: EL TRATAMIENTO PRESUPUESTARIO DE LAS OBLIGACIONES EN MATERIA DE PERSONAL.....	18
5.1. La Ley General Presupuestaria de 1988.....	22
5.2. La Ley General Presupuestaria de 2003.....	26
5.3.- El tratamiento de los gastos plurianuales en la Hacienda Local.....	29
5.4. El tratamiento en algunas normas de finanzas de las Comunidades Autónomas.....	31
6.- LAS DOS FORMAS DE DESVINCULACIÓN.....	34

1. El planteamiento central: hacía una concertación asimétrica de los derechos de los empleados públicos

El Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP)¹ ha tratado de romper con el modelo tradicional de organización de la función pública y, concretamente, de la formulación estatutaria (definición unilateral de los derechos y deberes) que había presidido históricamente aquella. Es cierto que la introducción en nuestro Ordenamiento Jurídico de la Ley 9/1987² ya supuso una línea de modificación de aquella tendencia que, ahora, se consolida en nuestra ordenación del empleo público.³

¹ El EBEP se publicó mediante Ley 7/2007, de 12 abril 2007 que aprueba el mismo.

² Nos referimos, claro está, a la Ley 9/1987, de 12 junio 1987 que regula los órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

³ Al tema se refiere Ortega Álvarez. L en la Introducción al libro por el dirigido “Estatuto Básico del Empleado Público”. Madrid. 2007. Pág. 15.

La doctrina jurisprudencial sobre el tema puede resumirse en la expuesta por la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 21 marzo 2002 Recurso de Casación núm. 1074/2001.

(RJ 2002\4318) en la que se afirma que <<...Por último, el motivo duodécimo se refiere a la infracción de la jurisprudencia, citándose las sentencias del Tribunal Constitucional núm. 210/1990 (RTC 1990\210) y 92/1994 (RTC 1994\92) , señalándose la fuerza vinculante de lo pactado, que no excluye la subordinación de los Convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía e invocándose por el Abogado del Estado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en sentencias 58/1985 (RTC 1985\58) , 63/1986 (RTC 1986\63) , 177/1988 (RTC 1988\177) , 171/1989 (RTC 1989\171) , 210/1990 (RTC 1990\210) y 145/1991 (RTC 1991\145) , e igualmente la prevalencia de la Ley posterior sobre los Convenios colectivos y los acuerdos relativos al personal laboral y estatutario al servicio de las Administraciones Públicas, con amplia referencia a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, contenida en las sentencias de 5 de junio de 1991 (RJ 1991\5235) , 9 de julio de 1991 (RJ 1991\5877) , 23 de septiembre de 1991 (RJ 1991\9853) , 25 de octubre de 1995 (RJ 1995\7873) , 7 de abril de 1995 (RJ 1995\3260) , 8 de junio de 1995 (RJ 1995\4772) , 25 de marzo de 1998 (RJ 1998\3013) , 20 de octubre de 1999 (RJ 1999\9497) , 18 de enero de 2000 (RJ 2000\950) y 29 de mayo de 2000 (RJ 2000\5531) .

La cuestión de la reserva de ley, examinada en múltiples sentencias por el Tribunal Constitucional (sentencia 83/1984 [RTC 1984\83] , que sienta la doctrina general que se reiterará en las posteriores sentencias 99/1987 [RTC 1987\99] y 178/1989 [RTC 1989\178]), reconoce que la legislación básica tiene que ver con la fijación de límites a las retribuciones complementarias a través de los Presupuestos Generales del Estado, siendo de aplicación el artículo 149.1.18 de la Constitución y así, la sentencia 63/1986 (RTC 1986\63) del Tribunal Constitucional fundamenta en los artículos 149.1.13 y 149.1.18, la posibilidad de que se establezcan límites máximos globales al incremento de la masa retributiva de los empleados públicos y esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional se reitera después en las sentencias constitucionales 96/1990 (RTC 1990\96) , 220/1992 (RTC 1992\220) , 62/2001 de 1 de marzo (RTC 2001\62) y 24/2002 de 31 de enero (RTC 2002\24) , impidiendo la aplicación de disposiciones o cláusulas que se opongan al tope o límite máximo fijado por la Ley estatal de Presupuestos Generales del Estado.

También el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de mayo de 1992 (RJ 1992\4454) , considera la exclusión del sistema de negociación colectiva de los funcionarios públicos por su sometimiento a las condiciones de empleo determinadas legal y reglamentariamente, superado por la Ley 9/1987, de forma que la rigidez y uniformidad inherente al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado no permite que tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando a su libre albedrío de forma que pueda ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación.

Este criterio se contiene en otras sentencias de este Tribunal:

a) La sentencia de 22 de octubre de 1993 (RJ 1993\7544), reconoce que el marco de la contractualidad está en correlación con el contenido de las potestades normativas y de auto-organización del órgano administrativo correspondiente y las características indicadas de pormenorización, rigidez y uniformidad inherentes al régimen estatutario, emanado de la legislación básica del Estado, no permite que sea identificable con dicha plataforma de mínimos.

b) La sentencia de 10 de febrero de 1997 (RJ 1997\1409), recuerda la doctrina anterior y se apoya en la de 30 de octubre de 1995 (RJ 1995\7907), llegando a la conclusión que lo que parece claro, a tenor del artículo 6.4 del Código Civil, que se persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, cual es la regulación por Convenio de relaciones de empleo de los funcionarios públicos más allá de los límites queridos y establecidos por el legislador.

c) Las sentencias de esta misma Sala y Sección de 18 de noviembre de 1999 (RJ 2000\2830), 5 de diciembre de 2000 (RJ 2000\10535) y 20 de febrero (RJ 2001\3108) y 11 de abril de 2001 (RJ 2001\2857) reconocen la prevalencia de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado impidiendo la aplicación de disposiciones o cláusulas opuestas al límite máximo fijado por dichas leyes, en materia de incremento retributivo de los funcionarios públicos.

La jurisprudencia invocada ha sido vulnerada por la sentencia recurrida y procede la estimación del motivo en la misma línea dialéctica. En este punto, interesa subrayar que la sentencia recurrida desconoce el artículo 17.2 de la Ley de Presupuestos del Estado para 1997 y la primacía de este precepto sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto que implique un crecimiento de las retribuciones del personal al servicio del sector público

No cabe negar que el modelo final de la Ley 9/1987 no resultó claro en lo que se refiere a la vinculación obligacional de los pactos y acuerdos siendo, sin duda, éste el elemento central del propio modelo. La sensación final que proyectaba aquella Ley y, por ende, el propio EBEP es que la bilateralización real de las condiciones de trabajo no se ha culminado porque el contenido de la negociación colectiva no se integra en la relación individual si no a través de diversos instrumentos jurídicos que realmente merman el valor o – al menos- el simbolismo común de la negociación colectiva.

En este terreno lo que se propone en el presente trabajo es analizar sí el modelo del EBEP pasa a ser un modelo maduro en el plano de la negociación colectiva o si por el contrario se mantiene en ese tratamiento sui generis que la ha colocado tan a menudo en "tierra de nadie".

Esta prueba de madurez la centramos, en este momento, en la capacidad/posibilidad del disenso unilateral de la Administración sobre lo acordado en el marco de la negociación colectiva.

Pero antes de centrarnos en este tema debemos tomar algo de perspectiva para lo que resulta necesario recordar que el nuevo concepto de empleado público que preside como eje esencial la opción legislativa incluye en su ámbito tanto a los funcionarios públicos como al personal laboral y el régimen de concertación colectiva se adapta a la normativa específica que se contiene en el EBEP para los funcionarios mientras que para el personal laboral remite a la normativa propia de éste. Sin perjuicio de que volveremos más adelante sobre este tema sí podemos indicar, en este momento, que esta opción legislativa por dos regímenes diferenciados – probablemente como repetiremos en más de una ocasión la única opción admisible dentro del esquema ordinamental del EBEP- no planeando problemas en el terreno de la legalidad si es cierto que, cada día más, los plantea en el terreno de la gestión pública porque los límites entre uno y otro en el plano estricto de la gestión no son ciertamente claros.

Esto supone, en la práctica, que la concertación colectiva se presenta, finalmente, en un modelo dual según que afecte a funcionarios o a personal laboral con un régimen jurídico diferenciado para cada uno de ellos aunque, como es sabido, el EBEP prevé la posibilidad de la unificación en determinados casos de la negociación. Lo característico de este régimen jurídico es que el mismo afecta no solo a los colectivos respectivos si no, especialmente, a las materias y, sobre todo, al régimen jurídico de lo conveniado.

2. Una cuestión previa: los acuerdos y pactos en el EBEP y su vinculación entre las partes.

No es propósito del presente trabajo efectuar una larga consideración sobre el régimen jurídico de la negociación colectiva funcional en el seno del EBEP que, por otro lado, ha sido suficientemente examinado por la doctrina⁴. No obstante esto y, a los efectos de lo

⁴ Al tema se refiere: - Blasco Estévez. A. La negociación colectiva de los funcionarios públicos. Revista Española de Derecho Administrativo. Núm. 52. Octubre-diciembre 1986; - Cantero Martínez. Los derechos de los funcionarios públicos. Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Núm. 20. Abril 1994.; - Mauri Majos.J. La negociación colectiva. Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público. DIR. Del Rey Guanter. Madrid.2008, - Problemas de la representación sindical y negociación colectiva en la función pública: convergencias y divergencias con el empleo privado. Documentación administrativa. Núm. 241-242. Madrid.1995,- los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado público. En la Obra

que aquí se analiza, sí parece necesario efectuar un breve resumen de dicha regulación para, sobre la misma, establecer las consideraciones necesarias sobre el régimen obligacional que deriva de aquella.

En este punto, el artículo 38 del EBEP señala que <<...1. En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar Pactos y Acuerdos con la representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones...>>. De esta forma lo que el EBEP ha querido es fijar el contenido de la negociación sobre la base de la definición de dos instrumentos propios que divergen del producto final del Derecho Laboral: la negociación colectiva que, como es sabido, hace del convenio colectivo el fruto central de la misma.

A partir de esta determinación los productos de esta negociación son dos: los pactos y los acuerdos. Los primeros <<...se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente...>>. La definición, siendo clásica, no es técnicamente muy sencilla porque concentra la negociación en quien tiene la competencia íntegra del órgano administrativo. La conformación actual de la mayor parte de las Administraciones hace que, realmente, deba centrarse en una negociación sin contenido económico, cuando se efectúa por órganos que no tienen esta competencia, o sin contenido material, cuando teniendo la competencia económica no tengan la material. Desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, indica Mauri, que <<lo que se produciría a través de un pacto sería un acto administrativo de carácter general, o a lo sumo, una instrucción impartida en el marco de una relación típicamente ejecutiva...>>⁵.

Por su parte, los Acuerdos <<... versarán sobre materias competencia de los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma 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...>>⁶. Desde una perspectiva de su naturaleza jurídica indica Mauri que <<...la naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos sería ordinariamente la de una

colectiva, "El Estatuto Básico del Empleado público". DIR. Ortega Álvarez. Madrid. 2007.; Roqueta Buj. R. El derecho a la negociación colectiva en el Estatuto Básico del Empleado Público. Madrid. 2007

⁵ Mauri Majos.J. En "las relaciones colectivas en el empleo público local". En el Libro colectivo El Estatuto Básico del Empleado Público y su incidencia en el ámbito local. Coord. Palomar Olmeda. A. Granada 2007. Pág. 705.

⁶ Este régimen se completa con las prescripciones de los Acuerdos cuando afectan materias que, conforme al artículo 103.3 de la CE, están afectos a la reserva de ley. En este punto señala el citado artículo 38 del EBEP que <<...Si los Acuerdos ratificados tratan sobre materias sometidas a reserva de Ley que, en consecuencia, sólo pueden ser determinadas definitivamente por las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, su contenido carecerá de eficacia directa. No obstante, en este supuesto, el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa procederá a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas del correspondiente proyecto de Ley conforme al contenido del Acuerdo y en el plazo que se hubiera acordado. Cuando exista falta de ratificación de un Acuerdo o, en su caso, una negativa expresa a incorporar lo acordado en el Proyecto de Ley correspondiente, se deberá iniciar 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...>>.

disposición general o reglamento local elaborado a través de un procedimiento convencional...>⁷. Es claro, no obstante, que esta regulación está pensando en aquellos supuestos en los que el Acuerdo afecta o debe traducirse en un proyecto de ley⁸ (incluido, claro está, el proyecto de ley de presupuestos generales) pero no en aquellos supuestos en lo que se negocia es, como ocurre en muchas ocasiones, un conjunto de medidas que afectan a la organización del personal, a su régimen económico o al régimen de previsión social de los funcionarios. En la medida que necesite reformas legislativas la opción por los órganos de gobierno es correcta pero si no precisa de las mismas la competencia del mismo no aparece entre las que señala, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley de Gobierno de 1997. Es claro que la regulación es directa y literalmente tributaria de lo que establecía el artículo 35 de la Ley 9/1987 y que, por tanto, hay una práctica – más o menos extensa- de aplicación del precepto que, en realidad se ha presentado siempre como una aprobación formal de la negociación realizada en ámbitos diferentes que se identifican con aquellos que tienen las denominadas competencias “horizontales”. Esta aprobación tiene un significado político de compromiso del órgano de gobierno y de carácter jurídico que se plasma normalmente en la inclusión de los preceptos (o de las consecuencias) en los correspondientes proyectos de ley y, esencialmente, en el de presupuestos generales.

Desde una perspectiva instrumental la regulación indicada se completa con algunas determinaciones accesorias que tienen como característica el no abordar un tema central: la naturaleza de la obligación.

Incluimos en este apartado las siguientes:

- Los Pactos y Acuerdos deberán determinar las partes que los conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos.
- Se establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen.
- Los Pactos celebrados y los Acuerdos, una vez ratificados, deberán ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y la Autoridad respectiva ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial.
- Los Pactos y Acuerdos en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras.

Desde esta perspectiva se establece un vínculo obligacional - cuya naturaleza no se determina- pero que se denomina pacto – si el que asume por la Administración la obligación tiene competencia para ello y Acuerdo si corresponde a los órganos de Gobierno.

⁷ Mauri Majos. J. Las relaciones colectivas (Ob. Cit.) Pág. 704.

⁸ En el ámbito de la Administración General del Estado esta competencia nace como consecuencia de la Ley 50/1997, de 27 noviembre (RCL 1997\2817) de organización y funcionamiento del Gobierno que, en su artículo 5, cuando establece las competencias del Consejo de Ministros, se refiere a la de <<...a) Aprobar los proyectos de ley y su remisión al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado...>>

Lo allí convenido, en los términos que se ha indicado e, incluso, cumplidas las formalidades que se han señalado tiene un contenido obligacional respaldado por el EBEP cuando señala que <<...10. Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación...>>. El precepto, como inmediatamente se verá, trata casi de pasar desapercibido en un conjunto regulatorio, en general, muy próximo al anterior pero en el que este nuevo apartado exige un análisis más detenido del que sugiere su propia dicción literal concebida, sin duda, para la excepcionalidad.

Desde una perspectiva general cabe indicar que estos instrumentos quedan sometidos a los principios generales que se contienen, esencialmente, en el artículo 33 según el cual <<...1. La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia, se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1980; ApNDL 13091), de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo...>>.

Es claro, por tanto, que uno de los principios inspiradores de la negociación colectiva de los empleados públicos es el de “cobertura presupuestaria”, expresión ciertamente confusa por ambigua y falta de rigor en técnica presupuestaria pero que demuestra una intención evidente del legislador: la que de lo acordado tenga un reflejo presupuestario. Este reflejo se articulará, después, según las técnicas y las formas presupuestarias correspondientes pero nos sitúa en una premisa clara en la concepción: no se trata de encontrar una obligación extra-presupuestaria si no de tener una obligación con reflejo presupuestario.

Con vocación de síntesis podríamos, por tanto, indicar que se trata de una regulación ciertamente tributaria de la ya establecida en la Ley 9/1987 con un esquema similar para su adopción y con un planteamiento final que, como inmediatamente, se verá mantiene un fuerte predominio de la Administración que, finalmente, puede:

- Establecer, con muchas condiciones y cumpliendo una serie de requisitos, las condiciones de trabajo de una forma unilateral.
- Desvincularse de lo pactado, en los términos que se analizan en los apartados siguientes.

Se trata de dos decisiones, ciertamente, residuales pero que marcan el influjo (o el cierto desequilibrio) a favor de la Administración en el ámbito de la negociación colectiva funcional. El breve análisis que se contiene en el apartado siguiente nos muestra esta situación como excepcional frente a la negociación colectiva en el ámbito laboral aunque es cierto que cuando la misma se aplica al ámbito de la Administración Pública también presenta algunas peculiaridades (como el sometimiento al principio de legalidad presupuestaria) que, ciertamente, la hace revestir algunas peculiaridades frente a la negociación colectiva común.

3. El tratamiento de la cuestión en el ámbito laboral.

Con carácter general venía estableciendo el Tribunal Supremo en una doctrina reiterada de la que puede servirnos de ejemplo la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 octubre 2004 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm.

2182/2003. (RJ 2005\2167) que <<...Tal como razonaba nuestra Sentencia de 3 de junio de 1994 (Recurso 2562/92 [RJ 1994\5402]), votada en Sala General, «el Tribunal Constitucional, en su Sentencia número 205/1987 de 21 de diciembre (RTC 1987\205) ha declarado que «en cuanto parte de relaciones laborales privadas, la Administración está sujeta a las mismas reglas jurídicas que las demás empleadoras», invocando al efecto su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que le impone el artículo 103, 1 de la Constitución (RCL 1978\2836) . Doctrina que también ha seguido esta Sala en sus sentencias, entre otras, de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991\1875) y de 7 de octubre de 1992 (RJ 1992\7621), expresando que «cuando las Administraciones Públicas actúan como empresarios y celebran contratos de trabajo deben atenerse a la normativa general y sectorial que regula tal contratación en el Derecho del Trabajo».⁹

A partir de esta determinación general es el artículo 32 del EBEP el que indica que <<...La negociación colectiva, representación y participación de los empleados públicos con contrato laboral se regirá por la legislación laboral, sin perjuicio de los preceptos de este Capítulo que expresamente les son de aplicación...>>. Es claro, por tanto, que el criterio legal de interpretación es la remisión a la legislación laboral – como regla- sin perjuicio de la aplicación de aquellos preceptos del Título Tercero Capítulo IV que, expresamente, resulten de aplicación porque (hay que suponer) que los mismos así lo declaran.

Un examen riguroso de los preceptos en los que se contienen remisiones en los términos indicados en el artículo 32 del EBEP nos permite indicar que las mismas se encuentran en el artículo 31 (principios generales)¹⁰, el 32, también, porque como hemos visto es la

⁹ La condición de empresario de las Administraciones Públicas cuando no afecta a relaciones funcionariales ha sido resaltada por la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 octubre 2004 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2182/2003. (RJ 2005\2167) en la que se señala que <<...en la Sentencia de 15 de julio de 1996 (Recurso 1089/96 [RJ 1996\5990]), cuando señala (F. 2º), con respecto a si un Ayuntamiento puede tener o no la cualidad de empresario en el sentido que a ésta asigna el ET, que «dicha expresión ha de entenderse como sinónima de empleador, tal como desvela el Art. 1.2 del propio Cuerpo legal en relación con el apartado 1 del mismo artículo, en el que se define tal figura de manera traslativa o refleja, en tanto que entiende por tal al que reciba prestación de servicios de quien sea trabajador, concurriendo en la relación que les vincula las notas que configuran al contrato de trabajo. La expresión empresario no ha de entenderse limitada, por tanto, a quien sea titular de una organización económica específica que manifieste la existencia de una empresa, en sentido económico o mercantil».

Y así lo ha señalado también el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su Sentencia 16 de octubre de 2003 (caso Comisión-Italia [TJCE 2003\338]), que condena al Gobierno de Italia por adaptación incompleta del Derecho interno a la Directiva 98/59 (LCEur 1998\2531) , al dejar el Código Civil italiano fuera del concepto de empresario a aquellos empleadores que no tienen ánimo de lucro, ya que dicho Código considera únicamente empresario «a toda persona que ejerza a título profesional una actividad económica organizada con el fin de producir o intercambiar bienes y servicios».

¹⁰ En concreto el artículo 31 establece que <<... 1. Los empleados públicos tienen derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional para la determinación de sus condiciones de trabajo.2. Por negociación colectiva, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a negociar la determinación de condiciones de trabajo de los empleados de la Administración Pública.3. Por representación, a los efectos de esta Ley, se entiende la facultad de elegir representantes y constituir órganos unitarios a través de los cuales se instrumente la interlocución entre las Administraciones Públicas y sus empleados.4. Por participación institucional, a los efectos de esta Ley, se entiende el derecho a participar, a través de las

cabecera del grupo normativo de aplicación al personal laboral. A partir de ahí, el artículo 33 se refiere explícitamente a los funcionarios al igual que el 34,35,36, el propio artículo 37 que refiere a las materias negociables pero que enlaza directamente con los preceptos anteriores, el artículo 38 (con la excepción del apartado 8 que expresamente prevé la posibilidad de un contenido conjunto entre las condiciones de los funcionarios y las del personal laboral), el artículo 39, 40,41,42,43,44,45, se refieren todos ellos a los funcionarios públicos. Tan solo el artículo 46 que se refiere al derecho de reunión contiene alguna mención al comité de empresa que puede entenderse que afecta al Derecho laboral.

De esta forma podemos concretar que la remisión que el artículo 32 hace a los preceptos de este capítulo - se refiere al capítulo IV- no afecta en lo sustantivo ni en lo procedimental a la remisión a la legislación laboral que realmente se convierte en la normativa que <<llena>> la regulación de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública. De hecho podríamos indicar que lo que realmente hace el artículo 32 (probablemente con acierto) es “sacar” del EBEP la regulación de la negociación colectiva cuando afecta al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. El procedimiento de negociación, el alcance, los efectos y demás circunstancias se regulan por la legislación laboral estrictamente considerada.

Esto supone, en concreto, la remisión a los preceptos que regulan la negociación colectiva en el ámbito laboral y, esencialmente, en la definición que realiza el artículo 82 del ET cuando señala <<...1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.... >>¹¹

organizaciones sindicales, en los órganos de control y seguimiento de las entidades u organismos que legalmente se determine.5. El ejercicio de los derechos establecidos en este artículo se garantiza y se lleva a cabo a través de los órganos y sistemas específicos regulados en el presente Capítulo, sin perjuicio de otras formas de colaboración entre las Administraciones Públicas y sus empleados públicos o los representantes de éstos.6. Las Organizaciones Sindicales más representativas en el ámbito de la Función Pública están legitimadas para la interposición de recursos en vía administrativa y jurisdiccional contra las resoluciones de los órganos de selección.7. El ejercicio de los derechos establecidos en este Capítulo deberá respetar en todo caso el contenido del presente Estatuto y las leyes de desarrollo previstas en el mismo.8. Los procedimientos para determinar condiciones de trabajo en las Administraciones Públicas tendrán en cuenta las previsiones establecidas en los convenios y acuerdos de carácter internacional ratificados por España...>>

¹¹ En relación con la obligación de los convenios debe tenerse presente Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 7 octubre 2004 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2182/2003. (RJ 2005\2167) en la que se señala que <<...Pero los convenios estatutarios –cuya existencia encuentra su asiento y garantía en el Art. 37.1 de la propia Constitución Española (RCL 1978\2836) – no corresponden a la categoría antes expresada, sino que constituyen convenios «de eficacia general» o erga omnes, porque alcanzan fuerza normativa y constituyen la segunda fuente de la relación laboral en el orden jerárquico que de tales fuentes suministra el Art. 3.1 del ET. La eficacia normativa de estos convenios es una eficacia privilegiada, pues llegan a formar parte del ordenamiento jurídico, de tal manera que obligan no solo a los negociadores y a los representados por ellos, sino a muchos trabajadores y empresarios que ni participaron en la negociación ni tampoco estaban representados por los negociadores. Así resulta sin lugar a dudas del Art. 82.3 del ET (RCL 1995\997) : «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». El precepto es rotundo y no admite dudas ni hace distinciones de ningún género acerca de que los obligados sean únicamente quienes estuvieron representados en la negociación, o pudieron estarlo. El ET selecciona previamente a los sujetos legitimados para negociar, regulando esta materia en el Art. 87, y también exige (Art. 88.1) determinadas mayorías para formar parte de la comisión negociadora, tanto por parte de los trabajadores como de los empresarios, pero, una vez que

Desde una perspectiva sustantiva y material le corresponde a este instrumento regular <<...las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten...>>. Es claro, por tanto, que en la concreción asimétrica a la que nos venimos refiriendo las condiciones de empleo (que se identificarían, esencialmente, con las materias que en funcionarios se reservan a la ley) no están en este ámbito y, por tanto, no quedan dentro del ámbito de disponibilidad de las partes.

Es cierto, eso sí, que el propio artículo 82 concluye afirmando que <<...3. Los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia...>>¹². La vinculación a lo pactado deriva no solo de la norma si no, como ha resaltado la jurisprudencia, de su propia condición de norma jurídica que se inserta en la escala de fuentes de la relación laboral y que puede ser exigida ante los tribunales en caso de incumplimiento. En este sentido se pronuncia Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 4 mayo 1994 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3311/1993. (RJ 1994\7725) indica que <<...Y así, ante todo se ha de tener en cuenta que los Convenios Colectivos tienen plena fuerza vinculante entre las partes que los han suscrito, de modo que vienen a constituir la norma más directa y específica que regula las relaciones jurídico-laborales existentes entre ellas, por ser una verdadera fuente de Derecho, tal como se desprende de lo que disponen el artículo 37.1 de la Constitución Española (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875) y los artículos 3.1.b) y 82 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1980\607 y ApNDL 3006). En este sentido la Sentencia de esta Sala de 9 diciembre 1983 (RJ 1983\6240), siguiendo los criterios de la de 5 noviembre 1982 (RJ 1982\6496), precisó que el Convenio Colectivo es actualmente, de acuerdo con el artículo 37.1 de la Constitución, fuente del derecho al reconocérsele fuerza vinculante, y por consiguiente centro originador de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral -artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores-, idea ésta Básica en el mundo jurídico laboral. Y las Sentencias también de esta Sala del Tribunal Supremo, dictadas en fechas más recientes, de 24 enero 1992 (RJ 1992\69) y 29 abril 1993 (RJ 1993\3381) manifiestan que «reiterada jurisprudencia ha sentado que la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática [Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 58/1985, de 30 abril (RTC 1985\58)]...>>

ha sido aprobado el convenio, éste obliga «erga omnes» en los términos en los que, como ya vimos, se pronuncia el Art. 82.3...>>

¹² La jurisprudencia del orden social ha ido más allá entendiendo la vinculación de los Acuerdos generales en función de la propia normatividad de sus preceptos. Así, Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Sección 1), de 27 mayo 2008 Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1333/2007. RJ 2008\7537 en la que se señala que <<...Como dice el Ministerio Fiscal en su informe: "el incentivo a la movilidad está específicamente detallado en su cuantía, como hemos visto, por lo que, a diferencia de otros incentivos [que figuran en cuantías globales] no parece que necesite de ninguna medida complementaria para su efectividad". Doctrina de aplicación al presente caso, en que se denuncia por el recurrente, que la sentencia recurrida desconoce los propios términos del Acuerdo Administración-Sindicatos 2003-2004 para la modernización y mejora de la Administración Pública, aprobado por el Consejo de Ministros de 15 de noviembre de 2002, con igual objeto de discusión. Todo ello comporta la desestimación del recurso interpuesto por la Abogacía del Estado, procediendo imponerle las costas de este recurso

Con vocación de síntesis y sin introducirnos en el ámbito específico del Derecho laboral podemos indicar que en el mismo no se contiene ningún mecanismo que permita la desvinculación unilateral y directa por una de las partes de lo pactado en el convenio que no solo se integra en la relación jurídica individual y deviene exigible, incluso, en vía jurisdiccional si no que, sobre todo, la crisis de aplicación – si es que eventualmente llega a producirse- se transforma en un conflicto colectivo que vuelve a reconducir la situación – tras los mecanismos judiciales y extrajudiciales que resulten de aplicación- al área de la concertación entre partes.

Esta mera referencia nos sitúa ante una conclusión clara: la exclusión de la aplicación del EBEP de los convenios laborales hace que la situación prevista en el artículo 38.10 del mismo no sea aplicable y que, por tanto, nos encontremos ante una paradójica situación según la cual un mismo empleador se desvincula de los convenios suscritos con una parte de la plantilla (los funcionarios) y mantiene en vigor sus compromisos – cualquiera que estos sean- para el personal laboral.

No hay aquí una objeción de igualdad. Son numerosos los supuestos en que ambas concertaciones responden a criterios y parámetros diferentes. Más que una objeción de este tipo lo que hay es una indicación de extrañeza de que una empresa (por usar términos laborales) que está en la situación a la que alude el artículo 38.10 del EBEP tenga que seguir pagando sus compromisos laborales. En este punto podría argumentarse que esa situación será una insolvencia mercantil pero si se analiza la justificación última de aquel precepto no pueden asociarse ambos conceptos porque la justificación de la suspensión se mueve el plano macro – dificultades extremas de la economía- mientras que el concepto insolvencia se mueve en un plano concreto: puedo o no pagar mis obligaciones. Pudiendo cumplir con éstas (y no estando en insolvencia) puede que se cause un perjuicio a la economía general. Se trata de planos diferentes que no pueden unirse ni intercambiarse.

Finalmente debe descartarse, eso si, que en el ámbito laboral el Estatuto de los Trabajadores no prevé la posibilidad de negociación alguna en el ámbito de las condiciones de empleo, esto es, el marco normativo general. De hecho en el ámbito general del denominado diálogo social lo que se da es una decisión política de someter a la concertación las regulaciones que, posteriormente, se traducen en normas pero en las que regulan la negociación no se encuentra referencia alguna a esta cuestión.

En consecuencia y a modo de conclusión podemos señalar que la asimetría respecto de la negociación colectiva funcional no está, únicamente, en los efectos de lo pactado si no que incluye una referencia clara al propio objeto que, en el ámbito laboral, deja fuera sin paliativos ni mecanismos de ningún tipo las previsiones que forman parte del marco de la regulación laboral, esto es, las que por ser condiciones de empleo deben ubicarse en la ley.

4. La <<desvinculación>> unilateral de lo pactado

El apartado 10 del artículo 38 al que nos referíamos anteriormente supone de facto y de iure una posibilidad – novedosa en nuestro Ordenamiento Jurídico desde una perspectiva legal y al margen de las interpretaciones jurisdiccionales- que no estaba contemplada en las regulaciones anteriores: la desvinculación unilateral de lo pactado. Es cierto que en el régimen de los acuerdos adoptados con fundamento en la Ley 9/987 marcaba ya esta tendencia pero su reconocimiento no se produjo por vía legal si no, fundamentalmente, por la vía de la interpretación jurisprudencial de los mismos.

Podríamos indicar que, como regla general, la desvinculación de lo pactado no es posible (sin el establecimiento de sistemas de reequilibrio patrimonial) en el ámbito obligacional donde las partes deben asumir sus compromisos sin posibilidad de “desvinculación” unilateral. Es cierto, sin embargo, que cuando proyectamos esta tesis sobre el ámbito obligacional de la negociación colectiva en el ámbito público podríamos indicar que la peculiar posición de una de las partes hace que algunas de las reglas centrales que presiden esta institución en el ámbito común tengan derogaciones sustantivas en este ámbito.

Como señalábamos anteriormente es muy probable que en el establecimiento legal de esta causa desvinculación subyace la doctrina jurisprudencial sobre la vinculación plurianual, en términos presupuestarios, de los Acuerdos en los que la que ahora es causa legal estaba presente en la falta de vinculación real de la negociación en este ámbito.

No obstante y teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del EBEP que incluye, como es sabido, a funcionarios y laborales podemos analizar la cuestión de la desvinculación en la regulación de ambos regímenes jurídicas para comprobar si la aparente inclusión de ambos colectivos en el ámbito de regulación del EBEP nos permite encontrar sinergias entre los ordenamientos administrativo y laboral que realmente avalen la propia regulación conjunta de ambas instituciones.

4.1. En el ámbito funcional

Tal y como se señalaba en el apartado anterior el EBEP prevé un supuesto de desvinculación de lo pactado contenido en el apartado 10 del artículo 38 cuando señala que <<...10. Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación...>>. La novedad de esta inclusión justifica que nos detengamos en la interpretación de su contenido.

En primera referencia podríamos indicar que la interpretación más correcta es, a nuestro juicio, la que realiza Mauri cuando señala que <<...esta inclusión no deja de ser una particular aplicación al campo de la negociación colectiva en el sector público de la conocida cláusula rebus sic stantibus que permite la revisión, la supresión o la modificación unilateral de las obligaciones pactadas en el convenio colectivo cuando sucesos posteriores que escapan a toda previsión en el momento de la conclusión del pacto o acuerdo por alguna de las partes. En todo caso parece que el supuesto de hecho que habilita esta modificación unilateral de lo pactado es una situación excepcional, justificada en causa grave de intereses público...>>¹³.

Fernández Domínguez analiza la naturaleza de esta circunstancia e indica que tiene un claro <<paralelismo con el ius variandi en la contratación pública, cuando en aquel existe para el incumplimiento acudir a doctrinas como la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus, la excesiva onerosidad sobrevenida, la alteración de la base del negocio u otras

¹³ Mauri Majos. J. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público. En la Obra colectiva “Estatuto Básico del Empleado Público”. DIR. Ortega Álvarez. L. Madrid. 2007. Pág.322.

más con sólida tradición, en éste se resuelve con la posibilidad de que la Administración unilateralmente (con el solo deber de informar a las organizaciones sindicales sobre las razones) suspenda o modifique lo convenido cuando, por causa grave de interés público derivada de un cambio en las circunstancias económicas, lo estima necesario...>¹⁴.

La interpretación de este precepto nos permite efectuar los siguientes matices:

- La no-garantía de los pactos y acuerdos se configura como una medida excepcional y fundada en una causa grave de interés público. Ambos son conceptos indeterminados que deberían interpretarse en el contexto que indica la doctrina, esto es, como una medida ciertamente anormal en el cumplimiento de los mismos.
- La causa grave de intereses público solo puede ser contenido económico que se identifica con “una alteración sustancial de las circunstancias económicas...”. Por tanto, no es cualquier razón grave de interés público la que justifica la desvinculación sino exclusivamente la de carácter económico.
- La desvinculación puede afectar a la suspensión del pacto o acuerdo o la modificación de los ya firmados con el límite en ambos casos de que la afección alcance sólo a aquellas cuestiones que permitan salvaguardar el interés público.
- El precepto no establece – ni siquiera en la modificación- que la misma tenga que ser objeto de negociación si no que la aplicación de este precepto se cumple, en el plano procedimental con la comunicación de las causas.

El precepto más allá del intento de exegesis simplista que se deduce de los apartados que acabamos de señalar no deja de ser curioso y, desde luego, de la misma matriz que subyace en otros aspectos de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos en la que se aprecia, finalmente, un importante elemento de unilateralidad y de resolución de los conflictos por una sola de las Partes.¹⁵

De esta forma lo que realmente se admite es que condiciones económicas sobrevenidas al pacto o Acuerdo puedan propiciar la suspensión de éste o su modificación de forma unilateral y, únicamente, con la única determinación de dar a conocer las razones.

Sin embargo son otras las incógnitas:

a) Quien debe declarar la suspensión o modificación.

En este punto una lógica interpretativa nos llevaría a indicar que corresponde la modificación o la suspensión a aquel órgano administrativo que suscribió el pacto o acuerdo. Sin embargo, como acabamos de ver, el artículo 38.10 del EBEP reserva esta decisión a <<...los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan...>>.

¹⁴ Fernández Domínguez. J.J. Comentario al artículo 38 del Estatuto Básico del Empleado Público. En la Obra colectiva “ Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”. DIR. Palomar Olmeda. A y Sempere Navarro. A. Navarra. 2008 Pág. 313.

¹⁵ El artículo 38. 7 del propio EBEP es sumamente representativo de esta tendencia. Afirma el citado apartado que <<... 7. En el supuesto de que no se produzca acuerdo en la negociación o en la renegociación prevista en el último párrafo del apartado 3 del presente artículo y una vez agotados, en su caso, los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, corresponderá a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios con las excepciones contempladas en los apartados 11, 12 y 13 del presente artículo...>>.

Esta determinación no deja de ser algo conflictiva ya que si el órgano de gobierno ha suscrito el pacto o acuerdo se tratará como una determinación unilateral desvinculatoria pero si no lo ha suscrito está incidiendo en el ámbito de competencia que no propio suyo (recuérdese que la esencia del Pacto es que lo firma el que tiene competencia). Esto va a provocar una situación ciertamente compleja: - la competencia para convenir corresponde a un órgano; la de inaplicarlo a otro. Desde una perspectiva estricta de competencia orgánica hay que convenir, por tanto, en que lo que ha querido el legislador es diferenciar ambos momentos y responsabilidades lo cual no plantearía problemas en el estricto ámbito del funcionamiento administrativo si no fuera por la sensación tan extraña que para la negociación colectiva supone suscribir acuerdos con quien puede no ser el llamado a cumplirlos si no por el contrario el que ordena – fundadamente- su incumplimiento.

En este mismo punto es cierto que si lo anterior nos parece complejo cuando se refiere a un acuerdo de suspensión mucho más debe serlo cuando se trata de un acuerdo de modificación de un acuerdo-pacto por quien no ha sido parte en él y sin tener que iniciar la renegociación. Esta disociación nos permite señalar que, una vez modificado, las condiciones de trabajo serán fijadas por un tercero potencialmente ajeno a la relación convencional inicial.

Es cierto que la atribución a los Consejos de Gobierno se hace con plena autonomía de forma que la competencia para la desvinculización corresponde a cada de las Administraciones Públicas que tienen competencia para suscribir acuerdos sin que las decisiones de unas vinculen o condicionen las decisiones que deben adoptar las demás. Teniendo en cuenta la causa que justifica la desvinculación a lo mejor podría haberse planteado algún grado de conexión en la interpretación de esta causa que, desde luego, tienen un componente más general que particular y que, aplicado, puede llegar un componente de complejidad (al ser y dejar de ser una misma realidad).

b) En qué casos.

Sin duda esta es la cuestión de mayor relevancia ya que como se ha visto la causa justificativa es “una alteración sustancial de las circunstancias económicas...”. Es cierto que, aquí, nos podemos encontrar con que la alteración esté prevista en el propio Pacto o Acuerdo que determine cuando pueden entrar en funcionamiento estos elementos de anormalidad en el cumplimiento del Acuerdo.

Sin embargo, lo más sencillo será que las circunstancias sobrevenidas sean libremente interpretadas por la Administración Pública que es la que considerará cuando se produce la alteración sustancial de las circunstancias económicas.

Nos encontramos, en el plano jurídico, ante una cuestión ciertamente compleja en el que el margen de apreciación de las Administraciones Públicas es esencial porque la alteración de las circunstancias económicas no deja de ser un concepto indeterminado de una fuerte apreciación política y temporal. Basta para ello con observar el distinto criterio que tienen los economistas sobre el déficit público al que algunos consideran la panacea de muchos “males” mientras que otros lo consideran como el elemento central de la heterodoxia económica y presupuestaria. Según que la opinión se la pidamos a unos u a otros la situación constituirá alteración de las circunstancias económicas. En realidad se refiere a una alteración que impida clara y nítidamente el cumplimiento de lo pactado aunque, también aquí, todo es discutible porque basta con el crecimiento de la exigencia tributaria para conseguir mayores ingresos con los que subvenir la situación previa de alteración respecto de las magnitudes previstas para el año anterior.

Al tratarse de un contenido ciertamente discrecional y, probablemente, especulativo la impugnación jurisdiccional se presenta como ciertamente difícil. Se centrará en el mínimo cumplimiento de las condiciones procedimentales (comunicación de las causas)¹⁶, la adopción de la decisión por órgano competente y la mínima justificación de que se produce la alteración de las condiciones sustanciales de tipo macroeconómico en las que se firmó el Acuerdo.

c) Por qué procedimiento

En este punto y frente a lo que señala Roqueta, Mauri cree que << la medida deberá ser informada por las organizaciones sindicales que fueron parte en el acuerdo o pacto, con lo que el trámite de consulta puede utilizarse para determinar el ámbito concreto de la suspensión y preveer una posible solicitud de renegociación...>>¹⁷. En lo que hay que convenir con ambos es que la falta de previsión legal es la que nos lleva a esta situación interpretativa en la que lo razonable es que quien va a incumplir un convenio sea el que asuma la labor (de consulta) y, por tanto, justifique su posición. Por decirlo en términos simples se trataría de una vicisitud más de la ejecución del Pacto o Acuerdo. Ahora bien, si se entiende que la decisión no corresponde a quien negoció si no a quien administra o representa los intereses generales y, por tanto, es formalmente ajeno a aquella relación nos permitiría pensar que no se trata de una relación convenial sino de una instrucción particular que afecta a un pacto o acuerdo como podría afectar a cualquier otra obligación y, si eso fuera así, podría aceptarse el traslado posterior de los motivos como única forma de “consulta”. En todo caso, el Acuerdo es un acto administrativo que debe ser motivado con la referencia a la justificación última de la decisión con lo que la notificación del Acuerdo podría, incluso, considerarse como la notificación de las causas a que se refiere el EBEP

Desde una perspectiva jurídica podemos indicar que:

- Si el acuerdo es de suspensión, se tratará de un acto con eficacia inmediata para las partes desde que se les notifique y general desde que se publique siguiendo las mismas reglas que para su vigencia inicial. Es claro, sin embargo, que esta apreciación responde a un criterio puramente lógico y en simetría con el procedimiento común aunque es cierto que las determinaciones legales expresas no indican nada al respecto.
- Si el acuerdo es de modificación, su eficacia responderá a las mismas reglas anteriores aunque parece evidente que tendrá que resolver el propio Acuerdo de modificación las reglas de transitoriedad y determinar sí las nacidas, consolidadas, ejecutadas o en trámite de cualquiera de dichos trámites se rigen por una u otra normativa. La justificación de esta afirmación responde a la eventual disociación entre negociador y titular de la orden de modificación que hace bastante inviable que sean los propios órganos de interpretación del pacto los que se pronuncien sobre algo en lo que no han participado.

d) La revisión jurisdiccional de la decisión.

¹⁶ Recalca Roqueta Buj. R que <<...la información ante el silencio legal, podrá tener lugar tanto antes como después de la suspensión o de la modificación...>>. En Derechos individuales ejercidos colectivamente. En el Libro Colectivo “El Estatuto Básico del Empleado público y su desarrollo por el Estado y las Comunidades Autónomas”. DIR. Linde Paniagua. E. Madrid. 2008.

¹⁷ Mauri Majos.J. Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público. En la Obra colectiva “Estatuto Básico del Empleado Público”. DIR. Ortega Álvarez. L. Madrid. 2007. Pág. 322.

Como decíamos anteriormente, los términos en los que se ha planteado el acto de suspensión o modificación hace que no quepa duda de su impugnabilidad desde el momento en que se notifica a las partes o desde que se publica en el correspondiente Diario Oficial.

Como apuntábamos la impugnación puede responder a problemas de forma o de fondo. Entre los de forma, se tratará de que actúe el órgano competente, por el procedimiento establecido para la respectiva formación de la voluntad del correspondiente órgano de gobierno y que se acredite o se manifieste – bien previamente bien en la motivación del acto- la causa.

La impugnación sobre el fondo es realmente compleja. La posición de un tribunal contencioso-administrativo resolviendo en términos de necesidad económica la vinculación o del pacto o acuerdo es ciertamente difícil – salvo que como se ha dicho se contractualicen los términos de aplicación del evento inesperado como anteriormente sugeríamos- ya que no responde a reglas jurídicas estrictas si no, esencialmente, a reglas de opción política y de este orden. Sin reabrir en este punto viejos debates sobre el tema de los actos políticos es lo cierto que éste se lo parece y los términos de su revisión son ciertamente muy escuetos. Si la documentación existe y la opción política es la reducir el gasto de personal (frente a otras opciones como la de subir los impuestos o gastar menos en otras cosas) será muy difícil que una resolución judicial no convalide este planteamiento. La discrecionalidad de la decisión es máxima, sobre todo, cuando, además, su proyección lo es aún más: incluirse en una ley o en un proyecto de ley. De esta forma la titularidad del proyecto de ley y de sus contenidos se proyecta sobre un trámite previo: la desvinculación de los compromisos asumidos bien sean estos “exigibles” o “no exigibles”, en los términos presupuestarios a los que nos referiremos posteriormente.

Esto nos permite indicar que la revisión jurisdiccional debería realizarse sobre la base de principios generales tales como la proporcionalidad de la medida, su contexto general, la ausencia de arbitrariedad visible, etc....términos de revisión ciertamente muy genéricos y poco esperanzadores en lo que se refiere a la intensidad de la misma. A nuestro juicio en la adopción de esta decisión siempre hay otras alternativas en términos de política presupuestaria, monetaria, económica o de inversiones y, por tanto, su adopción debe ser moderada si cree en la institución de la negociación colectiva porque un uso “no moderado” sería difícilmente controlable en sede jurisdiccional.

e) La <<desvinculación>> ¿es o no un conflicto colectivo susceptible de ser sometido a los sistemas de solución de conflictos?

Una de las características más importantes del EBEP a los efectos de lo que aquí se analiza es, precisamente, el haber aludido al conflicto colectivo como elemento de crisis en lo convenido y a la solución extrajudicial de los mismos. La sistemática del EBEP contempla la solución extrajudicial como una posibilidad que ex artículo 45 del mismo se atribuye a <<...las Administraciones Públicas y las Organizaciones Sindicales a que se refiere el presente Capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos...>>.

La existencia de estos sistemas de solución de conflictos nos plantea una eventual colisión entre los efectos y la impugnación de la decisión de desvinculación directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa o la utilización de estos medios de solución extrajudicial.

Para resolver esta cuestión se plantea, en primer término, la propia definición de qué se entiende, a estos efectos por conflicto colectivo. Se refiere a esto el apartado 2 del propio artículo 45 cuando señala que <<...2. Los conflictos a que se refiere el apartado anterior podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley.... >>

Fácilmente puede verse que la definición de conflictos es ciertamente amplia puesto que, por imperativo legal, alcanza a la negociación, la aplicación y la interpretación de los Pactos y Acuerdos en todas y cada una de las materias contenidas en el artículo 37 del EBEP y siempre que la misma no afecte a la reserva de ley. Realmente esta última prescripción y referencia es prácticamente innecesaria porque la propia regulación de los Acuerdos ya deja a salvo y establece su propia dinámica cuando afecta a la reserva de ley.

La cuestión que se plantea inmediatamente es si una decisión de desvinculación causal en los términos que hemos indicado puede ser considerada como una cuestión que afecta a la negociación (de forma dudosa), a la aplicación (de forma prácticamente indudable) o la interpretación (solo si puntualmente surge esta cuestión en el marco de la nueva normativa). De esta forma y en nuestro criterio una decisión de desvinculación afecta sin duda a la aplicación del pacto o acuerdo bien porque deja de aplicarlo o bien porque decide la aplicación del mismo en forma diferente a la pactada.

Siendo claro, a nuestro juicio, esta situación es lo cierto que el panorama que abre es ciertamente complejo ya que el párrafo 3 del artículo 45 del EBEP se refiere a la utilización de los sistemas extrajudiciales indicando que <<...3. Los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje. La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas...>>.

Esta regulación se completa en relación con el sometimiento a arbitraje cuando el EBEP señala que <<...Mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma...>>.

A los efectos de lo que aquí nos interesa lo determinante es lo que dispone el párrafo 4 cuando señala que <<...4. El acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto. Estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente...>>.

Desde esta perspectiva y con vocación de síntesis podemos encontrarnos ante el siguiente cúmulo de circunstancias:

- El órgano de gobierno de la correspondiente Administración Pública adopta el Acuerdo de desvinculación. Este Acuerdo es, como tal y en los términos que hemos indicado, impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa. El

objeto central de la impugnación será la concurrencia o no del presupuesto objetivo que habilita tal utilización.

- Simultáneamente, si en el respectivo pacto o acuerdo está prevista la existencia del sistema extrajudicial de solución de conflictos las partes de aquellos (fundamentalmente, claro está, la que representa a los empleados públicos) podrá utilizarlos.
- En el caso de la mediación la mera solicitud obliga a la utilización de los medios aunque, hay que entender que para el mediador la decisión de desvinculación será difícilmente salvable no solo por razones prácticas si no, sobre todo, porque es un acto ajeno a la relación convencional la que produce el efecto o la crisis aplicativa.

El alcance de la mediación solo sería aceptable si con la actitud o las propuestas del mediador se consigue la revocación total o parcial o la modificación de la resolución de desvinculación.

Por su parte el sometimiento a arbitraje resulta aun más dudoso porque como el conflicto aplicativo se produce con una resolución ajena a la propia relación convenial el sometimiento arbitral tendría que ser expreso ya que de lo contrario solo podrían analizarse los efectos indirectos que aquella resolución produce en el acuerdo firmado. En todo caso y dado que el arbitraje no es obligatorio sino estrictamente voluntario lo razonable es pensar que una Administración que acuerda su desvinculación no someta, después, ésta a un sistema arbitral que puede condicionar la eficacia de la propia medida.

- Finalmente y aceptando en términos puramente dialécticos que pudieran utilizarse los medios indicados queda en pie la discusión sobre la pervivencia o no de la decisión de desvinculación. Si como hemos dicho las Administraciones someten esta decisión a los propios sistemas de solución es claro que la controversia entre lo pactado de nuevo y la decisión de desvinculación deben resolverse a favor de los primeros. Si por el contrario lo que se debate son los que hemos denominado “efectos indirectos” el problema se mantiene y solo se resolvería, como anteriormente, se ha indicado con la derogación, modificación o revocación, según proceda, del Acuerdo en cuestión.
- Con vocación de síntesis podríamos indicar que la posibilidad teórica y real de la aplicación de estos sistemas de solución se presenta ciertamente dudosa y complicada por lo que lo razonable, pese a que el conflicto colectivo realmente exista, es que la discusión relativa al acto de desvinculación sea una discusión, esencialmente, jurisdiccional.

4.2.- En el ámbito laboral

Con vocación de síntesis podemos indicar que el derecho laboral no contempla ningún mecanismo ni posibilidad de desvinculación de lo pactado porque la esencia de la negociación colectiva es, precisamente, su carácter normativo y, por ende, obligacional. Esta simple apreciación conlleva unas consecuencias jurídicas claras: lo convenido se integra como parte de la relación jurídica individual y es susceptible de ser exigido ante los tribunales de justicia que “recomponen” la situación – eventualmente- mediante el reconocimiento de la situación jurídica individualizada.

Al lado de esto y, como ya hemos apuntado, la crisis puede llegar a solventarse mediante el conflicto colectivo que plantean los legitimados como consecuencia de la negociación fracasada o eludida en su ejecución y cuyos efectos en el caso de que la sentencia reconozca cualquiera de estas dos situaciones anteriores es <<un producto>> con fuerza de convenio colectivo.

Las consideraciones anteriores muestran, eso sí, una parte de la teoría general sobre la negociación colectiva en la que por conocida no vale la pena abundar si no es para poner de manifiesto:

- Que en el ámbito estricto del Derecho laboral no existe ningún mecanismo que permita a una de las partes desvincularse de lo pactado en el marco de un convenio colectivo. Los problemas de ejecución y la propia crisis exigiría la utilización de los mecanismos que aquel establezca para la recomposición de la situación bien por acuerdo de las partes bien mediante el auxilio de terceros que puedan subvenir la crisis planteada.
- Que, en el ámbito concreto, del personal al servicio de las Administraciones Públicas el precepto que permite la desvinculación de lo pactado por causas excepcionales derivadas de la situación económica no resulta de aplicación al personal laboral de las Administraciones Públicas.
- Que, como consecuencia de lo anterior, una misma entidad que asume formalmente la posición de empresario frente a dos tipos de colectivos puede desvincularse en un caso y no desvincularse en el otro pese a que, obviamente, la causa indicada afecta al conjunto de los empleados que prestan servicios para una misma entidad.

5.- Una cuestión relevante: el tratamiento presupuestario de las obligaciones en materia de personal.

El conjunto de consideraciones que acaban de realizarse circundan lo que podríamos denominar el “problema esencial” de la vinculación negociadora en el ámbito de las Administraciones Públicas: la conexión de la obligación establecida con su exigibilidad en términos reales, esto es, en el marco de la legalidad presupuestaria. En este punto y con carácter introductorio podemos señalar que una de las características que presenta la actuación de las Administraciones Públicas es su sometimiento a una manifestación del principio de legalidad. La primera de estas manifestaciones sería la relativa a la legalidad sustantiva aplicable al respectivo negocio o relación jurídica y la segunda, sería la que asume el conjunto de obligaciones de contenido económico mediante la validación parlamentaria del total de los gastos e ingresos que puede asumir la respectiva Administración.

La conexión entre ambas legalidades no ha estado históricamente bien tratada ya que: a) los tribunales de justicia tendieron a considerar la legalidad presupuestaria como una legalidad interna de la Administración ante la que realmente no se sentían vinculados; b) los momentos reales de conexión entre los procedimientos sustantivos y presupuestarios eran, muy a menudo eludidos por las primeras normas (basta para ello con analizar la ausencia de mención alguna en el ámbito de la ley procedimental común) hasta el punto de no reconocer la existencia de una necesaria conexión entre ambos tipos de legalidad; c) la regulación presupuestaria y, específicamente, el denominado procedimiento de ejecución presupuestaria no ha ayudado a restablecer la conexión por la sencilla razón de

que su propia conformación como un auténtico procedimiento y no como actos o parte del procedimiento matriz apunta a la existencia de dos legalidades que responden a dos intereses públicos diferenciados; d) finalmente la propia teoría de las nulidades cuando se proyecta sobre esta realidad lo hace para utilizar la técnica de mayor contundencia: la nulidad de pleno derecho pero solo referida a uno de los trámites del procedimiento: la ausencia de créditos. Todas las demás infracciones al principio de legalidad presupuestaria no tienen un reflejo real en las distintas normativas y de hecho cuando se quiere proyectar sobre la realidad sustantiva se obtiene un resultado que, muy a menudo, es poco representativo de la importancia de la conexión entre ambas realidades.¹⁸

Pero, más allá, de esta visión general y, centrándonos estrictamente, en el ámbito de la negociación colectiva podemos indicar que las conclusiones generales a las que nos acabamos de referir no son muy distintas cuando se desciende a un plano particular de análisis como es el que aquí se propone.

Aclaremos que esta conexión se produce únicamente en aquellos aspectos de los pactos y acuerdos que tienen un reflejo económico y que, por tanto, nada de lo que aquí se diga afecta a las obligaciones cuyo contenido no sea económico que habrá que entenderlas perfeccionadas mediante la suscripción de los pactos y acuerdos en la forma que se ha indicado. En el plano práctico es lo cierto, sin embargo, que la parte más sustantiva y relevante de estos acuerdos o pactos será difícil que no tenga un reflejo económico directo o indirecto por lo que cuando va indicarse seguidamente cobra un sentido claro y no meramente teórico.

Recordemos que, en el ámbito que venimos analizando – las Administraciones Públicas – se establece una dicotomía conceptual clave para entender el grado de vinculación. Nos referimos a la distinción entre obligación normal y obligación exigible. La primera es la que procede de los esquemas generales del Derecho mientras que la segunda, parte (asume) una obligación civil, pero la convierte en exigible si se incorpora al correspondiente presupuesto.

Esto nos lleva a indicar que para la Administración existen obligaciones puras y obligaciones exigibles. Las primeras se convierten en las segundas por su incorporación al <<circuito presupuestario>>. Sin las segundas la obligación no puede decirse que no exista pero pierde su efecto central: la posibilidad de su abono. Sin embargo, el Ordenamiento va más allá e indica que la obligación asumida al margen del circuito presupuestario es nula para el Derecho Público (Art 46 de la LGP¹⁹). Es cierto que esta nulidad se complica en una visión de conjunto ya que puede llegar a ser válida para el derecho común que acudiendo a la técnica del enriquecimiento injusto puede llegar a obtener el restablecimiento de la obligación asumida o del equilibrio patrimonial consecuencia de la misma.²⁰ Es, en este punto, donde cobran verdadero sentido los

¹⁸ Al tema nos referimos ya hace algunos años en el libro escrito con Losada González. H. El procedimiento administrativo y la legalidad presupuestaria y su control. Madrid. 1995.

¹⁹ El artículo 46 de la LGP establece que <<... Los créditos para gastos son limitativos. No podrán adquirirse compromisos de gasto ni adquirirse obligaciones por cuantía superior al importe de los créditos autorizados en los estados de gastos, siendo nulos de pleno derecho los actos administrativos y las disposiciones generales con rango inferior a Ley que incumplan esta limitación, sin perjuicio de las responsabilidades reguladas en el título VII de esta Ley...>>.

²⁰ Esta cuestión se ha suscitado a menudo en el plano de la contratación administrativa cuando los órganos de contratación asumían obligaciones sin coordinarse con la legalidad presupuestaria pero la prestación

comentarios que se han hecho anteriormente en relación con la conexión entre la legalidad sustantiva y la presupuestaria.

Brevemente expuesta la tesis nos corresponde ahora ver su reflejo legal e, incluso, los cambios y transformaciones que existen en lo que hemos venido a denominar <<circuito presupuestario>>.²¹ Adelantemos que, al margen de que los cambios no puedan

comprometida se cumplía efectivamente. La tesis dominante es que el equilibrio patrimonial no puede restablecerse sobre la base de la obligación administrativa nula pero sí de la responsabilidad patrimonial y del enriquecimiento injusto.

²¹ La jurisprudencia ha admitido que el papel de los presupuestos en materia de función pública va más allá de la mera formulación de ingresos y gastos y admite que pueda contener determinaciones sustantivas directamente vinculadas con la política de gastos. Al tema se refiere la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3), de 7 mayo 2001 Recurso de Casación núm. 3706/1995. (RJ 2001\4723) en la que se afirma que <<...El señor Abogado del Estado se alza en casación contra la referida sentencia y en el particular concreto que declaró la conformidad a derecho del mencionado artículo 18.2, al amparo de un único motivo con fundamento en el artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional de 1956 (RCL 1956\1890 y NDL 18435), en la redacción que le dio la Ley 10/1992, de 30 de abril (RCL 1992\1027), de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, por entender infringido el referido artículo 20, apartados 4, 5 y 6 de la citada Ley 39/1992, de 29 de diciembre, en relación con el artículo 149.1, subapartados 13 y 18 de la Constitución Española. En definitiva, vuelve a plantear de nuevo en casación el mismo debate, casi en idénticos términos que los que planteó en la instancia sin hacer una crítica fundada, como es exigido, de la sentencia, lo que quizás sería suficiente para desestimarla, ya que como reiteradamente hemos dicho, por más reciente en las sentencias de esta Sala de fechas 26 de marzo (RJ 2001\4491) y 30 de abril (RJ 2001\4720) pasados, la naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, dirigido no al examen de nuevo, sin limitación alguna, de la cuestión planteada en la instancia, en el modo en que lo fue, sino al más limitado de enjuiciar, y sólo en la medida en que se denuncien a través de los motivos, las hipotéticas infracciones en que haya podido incurrir el tribunal «a quo», no permite que quepa tomar como fundamento del mismo lo que, sin conexión crítica con el razonamiento de la sentencia, es mera reproducción de argumentos anteriores a ella; en este sentido, las sentencias de este Tribunal de 15 de abril de 1999 (RJ 1999\4083) y 26 de enero (RJ 2000\7433), 8 de mayo (RJ 2000\4349) y 17 de julio de 2000 (RJ 2000\5222), entre otras, han afirmado que al ser la casación un remedio extraordinario que ataca, por motivos tasados, el pronunciamiento de las resoluciones y su razón de decidir, no es admisible una simple reproducción literal en la misma de los escritos ya presentados en la instancia, hasta el punto de que un recurso de casación que se limitara a ello sería merecedor de un pronunciamiento de inadmisibilidad.

Pero es que, además, la cuestión ahora planteada ya ha sido resuelta por esta Sala, en relación con la misma Norma Foral, si bien en cuanto aprueba los Presupuestos del Territorio Histórico de Guipúzcoa, en la sentencia de 11 de octubre de 2000 (RJ 2000\9127).

Mas antes de expresar las razones de esta sentencia, para una mejor comprensión de las mismas, conviene dejar constancia, del texto literal de la norma impugnada, que establece que «durante el ejercicio de 1993 sólo se podrán aprobar expedientes de aprobación o modificación de plantillas cuando, además de cumplirse los requisitos fijados en la Norma Foral de Plantilla Orgánica de la Diputación Foral de Álava, no se produzca incremento del gasto o el que se produzca con la ampliación o modificación se compense mediante la reducción de créditos reservados a otra u otras plazas».

Pues bien, expuesto el contenido de la norma, en esa sentencia decíamos que: «Esta Sala no comparte la tesis del recurrente, pues en el artículo 20, en su apartado 4 de la Ley de Presupuestos para 1993, se contiene un mandato de limitación de convocatorias de nuevas plazas para ingreso de nuevo personal a las que “excepcionalmente se consideren inaplazables”, y –tras haber establecido en el apartado 5, qué ha de entenderse por sector público, en el que quedan incluidas la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los Organismos de ellas dependientes y las Corporaciones Locales y Organismos de ellas dependientes, de conformidad con los artículos 126.1 y 4 y 153.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986 (RCL 1986\1238, 2271 y 3551)–, en su apartado 6 dice que “en las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas deberán recogerse expresamente los criterios señalados en el presente artículo”, con lo cual no ofrece duda que la Ley de Presupuestos Generales para 1993, exige que todas las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas sigan los mismos criterios restrictivos en las convocatorias, a supuestos excepcionales e inaplazables, y ello se cumple en la Norma Foral impugnada en su artículo 32 que va precedido del artículo 31 –en nuestro caso se trata del artículo 18.2–, que como con acierto sostiene la sentencia recurrida utiliza unos criterios de

considerarse unánimes ni generalizados, si señalan una tendencia de que algo puede haber cambiado en la gestión presupuestaria de las obligaciones en materia de personal.

En el fondo lo que se está planteando es en la naturaleza de las obligaciones. Al tema se refería ya el Derecho romano. El concepto de contrato, entendido en el sentido actual, no se formó como tal en el Derecho Romano, sino que, sobre la base de las consideraciones realizadas en la época romana, las ideas que se van formando sufrirán un desarrollo posterior (se van gestando en esta época, pero no culminan en un concepto general).

No es necesario profundizar demasiado para percibir la falta de un concepto general de contrato en Derecho Romano clásico (dicho concepto será propio del pensamiento jurídico moderno): para la mentalidad casuística de la jurisprudencia romana de la época clásica no existía un concepto general de contrato, sino una serie de tipos contractuales específicos (contratos nominados), consagrándose un importante y evidente casuismo (es apreciable la rigidez del sistema clásico a la hora de tipificar casos concretos).

Y el proceso será lento: en el siglo II de nuestra era todavía no se había culminado el proceso de formación de la noción de contrato tal y como se conoció en épocas posteriores.

Por otra parte, para clarificar adecuadamente los conceptos, debemos, de entrada, distinguir los términos *pactum*, *conventio* y *contractus* (figura reconstruida hoy sobre la base de la casuística romana): mientras que el pacto se presenta como un acuerdo de voluntades caracterizado por la falta de formalidades que no genera acción, pero que puede resultar protegido por el pretor por vía de excepción, la convención es el acuerdo de voluntades que subyace en todo contrato (*nullum esse contractum, nullam esse obligationem, quae non habeat in se conventionem*, según dice Pedio en Ulp. D. 2, 14, 1, 3), y el contrato (lo contraído; elipsis de la expresión *negotium contractum u obligatio contracta*) viene a ser el acuerdo de voluntades reconocido como fuente de obligaciones de modo expreso por el *ius civile* (y como consecuencia de ese reconocimiento, se dota de acción civil; valórese el formalismo que lo caracteriza: no cabe la atipicidad, pues en tal caso es *pactum*, no *contractus*).

Pactum y *contractus* no adquirirán idéntico contenido hasta el Derecho justiniano, cuando ambos se identifican en el sentido de acuerdo de voluntades: se acentúa cada vez más el acuerdo (que terminará siendo lo único predominante), mientras la forma perderá importancia (recordemos que, pese a que en el ámbito romano se aprecia un evidente formalismo, esto no ocurre en el seno de otras concepciones jurídicas, como resulta del evidente antiformalismo hindú y griego).

contención del gasto y déficit público, que impide cualquier aumento del gasto salvo en casos inaplazables cumpliendo la misma función o incluso de forma más rigurosa que lo que persigue la fórmula que regula el núm. 4 del artículo 20 de la Ley de Presupuestos, con lo cual esta Sala llega a la conclusión de que la Norma Foral impugnada recoge expresamente los criterios restrictivos que persigue el núm. 4 del artículo 20 y que no infringe dicho artículo, dado que el señor Abogado del Estado entiende infringido tal artículo, no por lo que dice, sino más bien por lo que a su juicio debería decir, lo que no pasa de ser un criterio subjetivo del recurrente que debe ser rechazado y con él, la totalidad del recurso de casación que examinamos».

Con todo ello es suficiente para desestimar, también, este recurso de casación, sin más que apostillar, que si la «ratio legis» de ambas disposiciones es la misma y se traduce en una congelación de plantillas, y lo que se pretende, como acertadamente se señala por la recurrida, con ambas normas es la contención del gasto en el capítulo de personal, respondiendo al criterio básico de planificación económica en la totalidad del sector público, conforme a lo establecido en el artículo 149.13 de la Constitución Española, resulta patente que la Norma Foral 1/1993, cumple todo lo dispuesto por aquél, sin necesidad de forzar criterios hermenéuticos...>>

En la práctica lo que sucede con la aplicación del Derecho Presupuestario y su distinción entre obligaciones exigibles y no exigibles no es sino un trasunto de las distintas formas de obligaciones que se contenían en aquel Ordenamiento. Pero, no adelantemos posiciones y comencemos desde el principio en la estructuración del citado análisis.

5.1. La Ley General Presupuestaria de 1988

Establecía el artículo 42 de la Ley General Presupuestaria de 1988 que <<...Las obligaciones económicas del Estado y de sus Organismos Autónomos nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen...>>. Es esto lo que antes hemos denominado la obligación pura pero no exigible frente a una Administración.²²

El concepto de obligación exigible arranca del artículo 43 de la LGP cuando señala que <<...1. Las obligaciones de pago sólo son exigibles de la Hacienda Pública cuando resulten de la ejecución de los Presupuestos Generales del Estado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones de tesorería legalmente autorizadas...>>

El precepto, como puede verse, introduce sutilmente una matización cuando indica que lo que son exigibles son las obligaciones de pago. Luego es perfectamente posible asumir obligaciones por parte de las Administraciones Públicas siempre que no sean de pago por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 42 al que anteriormente nos hemos referido. Pero, cuando, se trata de obligaciones de pago solo es posible convertirlas en exigibles mediante la incorporación a los presupuestos y consiguiendo que la misma sea ejecución del presupuesto.

Es claro que lo que establece el citado artículo es una adición de legalidades tal y como la refleja la Sentencia Tribunal Constitucional núm. 294/1994 (Sala Segunda), de 7 noviembre Recurso de Amparo núms. 1692/1991, 1775/1991, 21/1992, 22/1992, 23/1992, 24/1992, 25/1992, 26/1992, 42/1992 y 624/1992 (acum.). (RTC 1994\294) cuando señala que <<...Para una cabal comprensión de esta cuestión en el caso que aquí se trata es preciso arrancar del peculiar entrecruzamiento entre la legalidad administrativa, entendida como sometimiento pleno de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (Art. 103.1 CE), y la legalidad presupuestaria en el

²² En relación con el tema puede verse la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 8 marzo 2005 Recurso de casación en interés de la Ley núm. 55/2003. (RJ 2005\2044) en la que se afirma que <<...Esta Sala ha subrayado el alcance del problema de la Ley de Presupuestos y su alcance normativo, así como la sujeción de los Convenios Colectivos a las normas previstas en los Presupuestos del Estado subrayando los siguientes criterios, que se extraen de la sentencia de 21 de marzo de 2002 (RJ 2002\4318).

1º) El establecimiento por parte de las Leyes de Presupuestos de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los funcionarios públicos encuentra su justificación en el título competencial contenido en el artículo 149.1.13 de la Constitución (RCL 1978\2836) y en el principio de coordinación que opera como límite de autonomía de las Comunidades Autónomas en el artículo 156.1 de la Constitución.

2º) La fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público...

Todo convenio o pacto debe someterse a lo dispuesto con carácter necesario en la Ley y especialmente, en las normas de mayor rango jerárquico, como ha reiterado la jurisprudencia constitucional en SSTC núms. 58/85 (RTC 1985\58), 177/88 (RTC 1988\177), 171/89 (RTC 1989\171), 210/90 y 92/94 y la Sala de lo Social de este Tribunal, en sentencias de 9 de julio de 1991, 24 de febrero de 1992, 8 de junio de 1995 (RJ 1995\4772), 18 de enero de 2000 (RJ 2000\950) y 3 de julio de 2000 (RJ 2000\6287).

régimen jurídico de las obligaciones pecuniarias del Estado, en particular de las obligaciones legales que son las que aquí nos importan cuyas vicisitudes aparecen condicionadas en su exigibilidad y momento del pago a la existencia del correspondiente crédito presupuestario consignado en los Presupuestos Generales del Estado.

Las obligaciones económicas del Estado válidamente nacidas de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen, no podrán ser cumplidas si no existe crédito presupuestario suficiente para hacerles frente [Arbs. 42 y 43.1 de la Ley General Presupuestaria (RCL 1988\1966 y 2287)], siendo nulos los actos de ejecución presupuestaria o de disposición del gasto que incumplan esta prohibición (Art. 60 LGP).

Este entrecruzamiento entre el principio de legalidad administrativa y el de legalidad presupuestaria, tiene su raíz en la separación o desconexión entre la fuente de las obligaciones del Estado o título jurídico del cual pueden nacer válidamente las obligaciones económicas del Estado y la fuente del gasto público, esto es el procedimiento específico a través del cual la Hacienda cumple sus obligaciones contraídas y se libera de sus deudas mediante el pago. Como se afirmó en las SSTC 63/1986 (RTC 1986\63), fundamento jurídico 6.º, y 13/1992 (RTC 1992\13) fundamento jurídico 5.º «los créditos consignados en los estados de gastos de los Presupuestos Generales del Estado no son fuente alguna de obligaciones; sólo constituyen autorizaciones legislativas para que dentro de unos determinados límites la Administración del Estado pueda disponer de los fondos públicos necesarios para hacer frente a sus obligaciones. La fuente de éstas debe buscarse fuera de dichas consignaciones presupuestarias, ya sea en la ley, ya en los negocios jurídicos o en los actos o hechos que según derecho las generen, tal como señala el Art. 42 de la LGP».

Pero la posición, privilegiada frente a los demás deudores, de que goza la Administración como consecuencia de su sometimiento al principio de legalidad presupuestaria y al régimen de Presupuesto público establecido constitucionalmente (Arbs. 133.4 y 134 CE) que conlleva «un sin número de formalidades, concebidas como garantías de la intangibilidad de los caudales públicos, dentro de unos cauces más rígidos que en los demás sectores de las Administraciones públicas» [STC 206/1993 (RTC 1993\206), fundamento jurídico 4.º], y la consiguiente precariedad en que se encuentra el particular acreedor frente al Estado deudor, no permite en ningún caso el desconocimiento o incumplimiento de sus obligaciones pecuniarias siempre y cuando se hayan contraído de acuerdo con las Leyes. Y es que, de acuerdo con el que hemos denominado principio de legalidad administrativa, la Administración ha de actuar, por imperativo constitucional (Art. 103.1 CE), con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. El efectivo cumplimiento de dicho principio reside en la garantía del control por los Tribunales de la legalidad de la actuación administrativa (Art. 106.1 CE). Y, en último término, ni el mandato constitucional ni la garantía jurisdiccional serían nada sin el derecho de los ciudadanos a obtener la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (Art. 24.1 CE).

Es cierto, por tanto, que esa adición de legalidades tiene un referente interno esencial ya que la obligación de incorporación al circuito presupuestario es, esencialmente, una obligación de la Administración aunque es claro su efecto externo ya que si la Administración incumple aquella obligación la misma deviene inexigible.

Pero, desde la perspectiva que aquí analizamos, la dificultad esencial no estaba en la forma de asumir la obligación en el ciclo presupuestario si no en el propio tratamiento que éste daba a la regulación de las obligaciones proyectadas en el tiempo y conformaban los denominados gastos plurianuales.

A esta cuestión se refería el artículo 61 de la LGP cuando señala que <<...1. La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará al crédito que para cada ejercicio autoricen los respectivos Presupuestos Generales del Estado...>>²³. Sin embargo, lo más relevante de esta regulación era que la misma – como pasamos a señalar- restringía y tasaba los supuestos materiales en los que era posible los gastos plurianuales. Así lo indicaba el apartado 2 del citado artículo cuando señalaba que <<...2. Podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autorice siempre que se encuentren en alguno de los casos que a continuación se enumeran:

- a. Inversiones y transferencias de capital.
- b. Transferencias corrientes derivadas de normas con rango de Ley y las que resulten de la suscripción de los convenios a que se refiere el artículo 91.
- c. Gastos en bienes y servicios cuya contratación, bajo las modalidades establecidas en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no pueda ser estipulada o resulte antieconómica por plazo de un año.
Asimismo, el INSALUD podrá realizar compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros cuando se deriven de Convenios de Colaboración con otras Administraciones Públicas para prestación de la asistencia sanitaria.
- d. Arrendamientos de bienes inmuebles a utilizar por organismos del Estado.
- e. Cargas financieras de las Deudas del Estado y de sus organismos autónomos.
- f. Activos financieros.... >>²⁴.

²³ Así lo indica la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 21 marzo 2002 Recurso de Casación núm. 1074/2001 (RJ 2002\4318) en la que se señala que <<...No existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora, a tenor del artículo 134.1 de la Constitución, en el ejercicio de una función o competencia específica, derivada de la genérica potestad legislativa, amparada en el artículo 66.2 de la Constitución y no de una potestad no legislativa, como se señala en la sentencia impugnada, el articulado de la ley que los aprueba y su contenido adquiere fuerza de ley y a esta ley ha de someterse la voluntad negocial extraída de los acuerdos que se contienen en el Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, frente al criterio que tales Acuerdos prevalecen sobre la Ley de Presupuestos, como sostiene la sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 (RJCA 2000\2585) ...>>.

²⁴ El precepto se completa indicando que <<...El número de ejercicios a que puedan aplicarse los gastos referidos en los apartados a), b), c) y f) del número 2 no será superior a cuatro. Asimismo, el gasto que en tales casos se impute a cada uno de los ejercicios posteriores no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al crédito inicial a que se impute la operación, definido a nivel de vinculación, los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente, el 70 %; en el segundo ejercicio, el 60 %, y en los ejercicios tercero y cuarto, el 50 %.

Las retenciones de crédito, a que se refiere la disposición adicional decimocuarta del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, computarán a efectos de los límites establecidos por los anteriores porcentajes.

4. Con independencia de lo establecido en los apartados anteriores, para los programas y proyectos de inversión que taxativamente se especifiquen en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios futuros hasta el importe que para cada una de las anualidades se determine.

Esta regulación nos permitía afirmar que los gastos de personal que son lo que proceden de los convenios que arrancaban de la Ley 9/1987 o, actualmente, del EBEP no podían tener un tratamiento de obligación plurianual en el ámbito. De esta forma solo tenían reflejo en el presupuesto en el que se contraían y en el resto de ejercicios a los que se contraía el Acuerdo lo que existía es un compromiso material de incorporar los gastos al presupuesto de gastos del año correspondiente.

En este estado de cosas se producen las Sentencias que analizan la vinculación de los Acuerdos y que realmente indican que, en los de carácter plurianual, el compromiso no alcanza a la iniciativa legislativa de la Ley de Presupuestos.²⁵ A partir de esta consideración lo que, claramente, se establece es una posibilidad de desvinculación porque en los años que no son el del presupuesto en vigor cuando se suscribe el Acuerdo lo que existía, en términos presupuestarios, era una obligación no exigible. De hecho las sentencias analizadas, finalmente, lo que ponen énfasis es esta caracterización de no exigible.

Lo que nos importa señalar es que la normativa presupuestaria contenía un impedimento formal para que las obligaciones tuvieran otro tratamiento al negar la vinculación presupuestaria plurianual. Esto nos permitía indicar que la obligación en cuestión nace no

A estos efectos, cuando en los créditos presupuestarios se encuentren incluidos proyectos de las características señaladas anteriormente, los porcentajes a que se refiere el apartado 3 de este artículo se aplicarán sobre dichos créditos, una vez deducida la anualidad correspondiente a dichos proyectos.

5. El Gobierno, a propuesta del Ministro de Hacienda podrá modificar los porcentajes señalados en el apartado 3 de este artículo y los importes que se fijen conforme a lo dispuesto en el apartado 4, así como modificar el número de anualidades en casos especialmente justificados, a petición del correspondiente Departamento ministerial y previos los informes que se estimen oportunos y, en todo caso, el de la Dirección General de Presupuestos.

Este procedimiento será, igualmente, de aplicación en el caso de los contratos de obras que se efectúen bajo la modalidad de abono total de los mismos, según lo previsto en el artículo 99.2 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, bien se pacte el abono total de su precio de una sola vez o se fraccione en distintas anualidades que no podrán ser superiores a diez desde la fecha fijada para la conclusión de las obras.

6. En el caso de convenios de colaboración o contratos programa, cuando no hubiese crédito inicial en el ejercicio en que se suscriban, en el acuerdo de Consejo de Ministros que los autorice, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 de esta Ley, se especificará la aplicación presupuestaria a la que se imputará el gasto en ejercicios futuros y el importe de cada anualidad.

7. Los compromisos a que se refieren los apartados 2 y 4 del presente artículo, deberán ser objeto de adecuada e independiente contabilización...>>.

²⁵ Así lo recuerda la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7), de 21 marzo 2002 Recurso de Casación núm. 1074/2001. (RJ 2002\4318) en la que se afirma que <<...En definitiva, podía acordarse y se acordó para 1995 un incremento de las retribuciones de los empleados públicos en los términos que establece el Capítulo II del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, pero no podía acordarse en ese año, y efectivamente no se acordó, un incremento automático de las retribuciones de aquéllos, como resulta de los términos del Capítulo VI de dicho Acuerdo y del carácter anual que el artículo 33 de la Ley 9/1987 atribuye al proceso negociador en todas las materias relacionadas en el artículo 32 y especialmente el apartado a) de éste a la negociación de los incrementos retributivos.

Yerra, por tanto, la sentencia recurrida al atribuir al Capítulo VI del Acuerdo de 1994 unas consecuencias jurídicas que no pueden obtenerse del mismo. Ni se acordó en él un incremento automático de las retribuciones de los empleados públicos conforme al IPC para el año 1997 (tampoco para 1996) ni se estableció la obligación de negociar un mayor incremento atendiendo a otros factores, sino que el acuerdo logrado en 1994 quedó limitado, como no podía ser de otro modo, a hacer explícitas unas directrices, unos criterios orientadores, entre ellos, la previsión presupuestaria del incremento del IPC para dichos ejercicios, que en 1994 eran desconocidos...>>.

del acuerdo si no de la ley y que, por tanto, mientras no se asume presupuestariamente aquella no existe.

5.2. La Ley General Presupuestaria de 2003.

En el estado de cosas descrito se produce la publicación de la LGP de 2003 que curiosamente parte de la necesidad de superar el tratamiento anual del gasto y busca la implantación de los denominados escenarios plurianuales.

Así lo señala la EM de la Ley cuando indica que <<...Pero es quizás la aprobación de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria la que, como ya se señalaba al comienzo de esta exposición de motivos, hace inevitable la elaboración de una nueva disposición legal que venga a regular el régimen económico financiero del sector público estatal. De hecho, donde se introducen las innovaciones más significativas en la regulación aplicable al proceso presupuestario es al tratar la programación presupuestaria y el objetivo de estabilidad.

Los escenarios presupuestarios plurianuales serán sometidos por el Ministerio de Hacienda al Consejo de Ministros con anterioridad a la aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año y, en su caso, contendrán la actualización de las previsiones contenidas en los escenarios presupuestarios aprobados en el ejercicio anterior.

En el marco plurianual de los escenarios presupuestarios se enmarcan anualmente los Presupuestos Generales del Estado y están orientados, igualmente, hacia la estabilidad. La Ley define los programas plurianuales y el detalle de su contenido (objetivos, medios, actividades, procesos inversores e indicadores de seguimiento). Estos programas plurianuales, que deben aprobarse por el Ministro de cada departamento, se remitirán anualmente al Ministerio de Hacienda para la elaboración de los escenarios presupuestarios plurianuales.

Las políticas de gasto pasan a ser el elemento nuclear de las asignaciones de los recursos, la evaluación de la gestión y el logro de los objetivos. Se prevé que las asignaciones presupuestarias a los centros gestores de gasto se efectúen tomando en cuenta el nivel de cumplimiento de los objetivos en ejercicios anteriores.>>

Pero, al margen de esto, y para situarnos en la regulación actual podemos indicar que la misma parte de lo que podríamos denominar la teoría clásica. Así, de nuevo el artículo 20 de la LGP establece que <<...Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal nacen de la Ley, de los negocios jurídicos y de los actos o hechos que, según derecho, las generen...>>. En esto podemos aludir, por tanto, a la existencia de continuidad que, también, se refleja en el concepto de obligaciones exigibles (al que nos venimos refiriendo) y que, según el artículo 21, determina que <<...1. Las obligaciones de la Hacienda Pública estatal sólo son exigibles cuando resulten de la ejecución de los presupuestos, de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, de sentencia judicial firme o de operaciones no presupuestarias legalmente autorizadas.2. Si dichas obligaciones tienen por causa prestaciones o servicios, el pago no podrá efectuarse si el acreedor no ha cumplido o garantizado su correlativa obligación...>>. Como se ve el concepto es el mismo: exigibilidad pero ahora se refiere a la obligación en su conjunto y no solo a la obligación de pago como expresamente indicaba la normativa anterior.

Finalmente, en la dinámica de la relación se establece en el artículo 22 con la determinación de las causas de extinción según el cual <<...1. Las obligaciones de la

Hacienda Pública estatal se extinguen por las causas contempladas en el Código Civil y en el resto del ordenamiento jurídico.² La gestión de los créditos presupuestarios en orden a extinguir las obligaciones de la Hacienda Pública estatal se realizará de conformidad con lo dispuesto en el título II de esta Ley y disposiciones de desarrollo...>>

Hasta aquí podríamos indicar que, con matices, la regulación que se contiene en la LGP es ciertamente continuista y de corte clásico. No obstante esta referencia al tratamiento clásico no nos puede llevar a pensar que la LGP de 2003 es clásica en toda su extensión y que, por tanto, proyecta un modelo esencialmente idéntico al anterior. De hecho y como consecuencia de otras modificaciones, una de las novedades esenciales de la nueva normativa presupuestaria es la de la creación de los escenarios plurianuales de gastos.

Su definición se realiza en el artículo 28 cuando señala que <<...1. Los escenarios presupuestarios plurianuales en los que se enmarcarán anualmente los Presupuestos Generales del Estado, constituyen la programación de la actividad del sector público estatal con presupuesto limitativo en la que se definirán los equilibrios presupuestarios básicos, la previsible evolución de los ingresos y los recursos a asignar a las políticas de gasto, en función de sus correspondientes objetivos estratégicos y los compromisos de gasto ya asumidos. Los escenarios presupuestarios plurianuales determinarán los límites, referidos a los tres ejercicios siguientes, que la acción de gobierno debe respetar en los casos en que sus decisiones tengan incidencia presupuestaria.² Los escenarios presupuestarios plurianuales se ajustarán al objetivo de estabilidad presupuestaria correspondiente al Estado y a la Seguridad Social establecido de acuerdo a lo previsto en el artículo 8 de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, referido a los tres ejercicios siguientes.³ Los escenarios presupuestarios plurianuales serán confeccionados por el Ministerio de Hacienda, que dará cuenta de los mismos al Consejo de Ministros con anterioridad a la aprobación del proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año y, en su caso, contendrán la actualización de las previsiones contenidas en los escenarios presupuestarios aprobados en el ejercicio anterior.⁴ Los escenarios presupuestarios plurianuales estarán integrados por un escenario de ingresos y un escenario de gastos. El escenario de ingresos tendrá en cuenta los efectos tendenciales de la economía, los coyunturales que puedan estimarse y los derivados de cambios previstos en la normativa que los regula. El escenario de gastos asignará los recursos disponibles de conformidad con las prioridades establecidas para la realización de las distintas políticas de gasto, teniendo en cuenta en todo caso las obligaciones derivadas de la actividad del sector público que tengan su vencimiento en el período a considerar y los compromisos de gasto existentes en el momento de su elaboración que puedan generar obligaciones con vencimiento en el período que comprenda...>>.

Este precepto y su desarrollo nos permiten indicar que la nueva concepción de la LGP es la situarse en un marco de políticas públicas plurianuales y que, por tanto, en su concreción anual responden a un esquema predeterminado y conocido. Los escenarios presupuestarios son la manifestación periodificada de una política pública de carácter plurianual.

Como consecuencia de este cambio en la conformación estructural (el presupuesto sigue siendo anual pero ahora es la proyección temporal de una política más general) la LGP contiene una importante modificación en el régimen de gastos y su capacidad de compromiso. Nos referimos, claro está, a la regulación de los gastos plurianuales.

La nueva regulación se traduce en el artículo 47 de la LGP cuando señala que <<...1. Podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que no superen los límites y anualidades fijados en el número siguiente...>>.

Estos límites se contemplan en el apartado 2 cuando señala que <<... El número de ejercicios a que pueden aplicarse los gastos no será superior a cuatro. El gasto que se impute a cada uno de los ejercicios posteriores no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al crédito inicial a que corresponda la operación los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente, el 70 por 100, en el segundo ejercicio, el 60 por 100, y en los ejercicios tercero y cuarto, el 50 por 100...>>

Llegados a este punto podríamos afirmar que en la LGP ha desaparecido la imposibilidad de contraer gastos plurianuales para sufragar los gastos de personal. Las limitaciones legales que existían han desaparecido y, por tanto, en la propia dinámica de la LGP (escenarios plurianuales) dicha contracción es perfectamente posible ya que nada obstaculiza legalmente tal posibilidad. Es cierto que la concepción decreciente del gasto en los años a los que alcanza supone, en la práctica, un obstáculo a un tipo de convenio como el de personal en el que el nivel de gasto no suele ser decreciente y demuestra, probablemente, que el legislador estaba, de nuevo, pensando en la política de inversiones e infraestructuras públicas.

Pero es cierto, también, que la condición decreciente no es taxativa ya que el apartado 3 del mismo artículo señala que <<...3.El Gobierno, en casos especialmente justificados, podrá acordar la modificación de los porcentajes anteriores, incrementar el número de anualidades o autorizar la adquisición de compromisos de gastos que hayan de atenderse en ejercicios posteriores en el caso de que no exista crédito inicial. A estos efectos, el Ministro de Hacienda, a iniciativa del ministerio correspondiente, elevará al Consejo de Ministros la oportuna propuesta, previo informe de la Dirección General de Presupuestos que acredite su coherencia con la programación a que se refieren los artículos 28 y 29 de esta Ley.4.Los compromisos a que se refiere este artículo se especificarán en los escenarios presupuestarios plurianuales y deberán ser objeto de contabilización separada...>>.

Desde esta perspectiva podemos indicar:

- Que en la legislación presupuestaria ha desaparecido la determinación específica de que los gastos de personal no podían tener la condición de gastos plurianuales. Su plurianualidad estará ahora en función de su naturaleza y del tratamiento que los mismos reciban en el marco de los escenarios presupuestarios.
- Los escenarios presupuestarios lo que reflejan en la previsión de gasto en cada materia como forma de articulación ordenada en el tiempo de las políticas públicas. En consecuencia podríamos afirmar que el que es consistente para la firma del acuerdo debería serlo para proyectarlo en su política plurianual si es que realmente se ha suscrito con auténtica vocación de cumplirlo. El reflejo en los escenarios presupuestarios de las consecuencias económicas del pacto no es si no la prueba de madurez de su propia suscripción.
- Que las dificultades que en la legislación actual se mantienen en relación con el número de anualidades, y, sobre todo, con el carácter decreciente del gasto en las subsiguientes a la inicial pueden ser “liberadas” por el Consejo de Ministros

al aprobar el propio instrumento que genera el gasto y, claro está, cumplimiento con los requisitos que la propia legislación presupuestaria contiene.

La condición para la incorporación como obligación exigible no es otra que la prevista la del cumplimiento de los trámites que contempla el artículo 73 de la LGP y que denominada “fases del procedimiento de la gestión de los gastos” y que incluye las fases de aprobación del gasto, compromiso del mismo, reconocimiento de la obligación, ordenación del pago y pago material.

En este punto conviene recordar que la aprobación es el acto mediante el cual se autoriza la realización de un gasto determinado por una cuantía cierta o aproximada, reservando a tal fin la totalidad o parte de un crédito presupuestario. La aprobación inicia el procedimiento de ejecución del gasto, sin que implique relaciones con terceros ajenos a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social.

El compromiso es el acto mediante el cual se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legalmente establecidos, la realización de gastos previamente aprobados, por un importe determinado o determinable. El compromiso es un acto con relevancia jurídica para con terceros, vinculando a la Hacienda Pública estatal o a la Seguridad Social a la realización del gasto a que se refiera en la cuantía y condiciones establecidas.

El reconocimiento de la obligación es el acto mediante el que se declara la existencia de un crédito exigible contra la Hacienda Pública estatal o contra la Seguridad Social, derivado de un gasto aprobado y comprometido y que comporta la propuesta de pago correspondiente.

El reconocimiento de obligaciones con cargo a la Hacienda Pública estatal se producirá previa acreditación documental ante el órgano competente de la realización de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que en su día aprobaron y comprometieron el gasto.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 1 del artículo 22 de esta Ley, las obligaciones de la Administración General del Estado, de sus organismos autónomos y de la Seguridad Social se extinguen por el pago, la compensación, la prescripción o cualquier otro medio en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones especiales que resulten de aplicación.

Desde esta perspectiva podemos indicar que solo las obligaciones que tengan reflejo en el cumplimiento de los trámites indicados son las que finalmente resultan exigibles por haberse integrado en lo que hemos denominado el “circuito presupuestario”. Las normas de desarrollo de la LGP prevén el tratamiento y la forma de cumplimiento de estos trámites en el ámbito de las obligaciones plurianuales.

5.3.- El tratamiento de los gastos plurianuales en la Hacienda Local

Sin perjuicio de que la estabilidad presupuestaria tiene un alcance vertical que afecta al conjunto de Administraciones Públicas²⁶ porque precisamente en esta afección se encuentra su verdadero sentido e, incluso, es el punto en el que se produce la

²⁶ Este carácter vertical quedaba claro en Ley 18/2001, de 12 de diciembre (RCL 2001, 3020), General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre (RCL 2001, 3031), complementaria de aquélla y se mantiene en la LGP actual.

discusión constitucional sobre la legitimidad de la misma, es lo cierto, que el tratamiento presupuestario de las obligaciones no ha seguido un camino idéntico en todas y cada de las Administraciones.

De esta forma podríamos decir que siendo único el objetivo de estabilidad presupuestaria no lo es la forma de conseguirlo y que la opción legislativa de la LGP de 2003 en el ámbito de la AGE no ha sido seguido por todas las Administraciones Públicas.

En concreto y en el ámbito de la Administración Local es el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 marzo (RCL 2004\602) que aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones legales en materia de hacienda Local el que establece en el artículo 174 los gastos que pueden tener la condición de gastos plurianuales y, en concreto, indica que <<1. La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará al crédito que para cada ejercicio autoricen los respectivos presupuestos.2. Podrán adquirirse compromisos por gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que, además, se encuentren en alguno de los casos siguientes:

a) Inversiones y transferencias de capital.

b) Los demás contratos y los de suministro, de consultoría, de asistencia técnica y científica, de prestación de servicios, de ejecución de obras de mantenimiento y de arrendamiento de equipos no habituales de las entidades locales, sometidos a las normas del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por un año.

c) Arrendamientos de bienes inmuebles.

d) Cargas financieras de las deudas de la entidad local y de sus organismos autónomos.

e) Transferencias corrientes que se deriven de convenios suscritos por las corporaciones locales con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.

3. El número de ejercicios a que pueden aplicarse los gastos referidos en los párrafos a), b) y e) del apartado anterior no será superior a cuatro. Asimismo, en los casos incluidos en los párrafos a) y e), el gasto que se impute a cada uno de los ejercicios futuros autorizados no podrá exceder de la cantidad que resulte de aplicar al crédito correspondiente del año en que la operación se comprometió los siguientes porcentajes: en el ejercicio inmediato siguiente, el 70 por 100; en el segundo ejercicio, el 60 por 100, y en el tercero y cuarto, el 50 por 100.4. Con independencia de lo establecido en los apartados anteriores, para los programas y proyectos de inversión que taxativamente se especifiquen en las bases de ejecución del presupuesto, podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios futuros hasta el importe que para cada una de las anualidades se determine. A estos efectos, cuando en los créditos presupuestarios se encuentren incluidos proyectos de las características señaladas anteriormente, los porcentajes a los que se refiere el apartado 3 de este artículo se aplicarán sobre dichos créditos una vez deducida la anualidad correspondiente a dichos proyectos.5. En casos excepcionales el Pleno de la corporación podrá ampliar el número de anualidades así como elevar los porcentajes a que se refiere el apartado 3 de este artículo.6. Los compromisos a que se refiere el apartado 2 de este artículo deberán ser objeto de adecuada e independiente contabilización...>>.

Esta regulación se sitúa, por tanto, en el entorno de la LGP de 1988 en el que, como se acaba de ver, no era posible el tratamiento plurianual de las obligaciones en materia de personal. De esta forma y, como señalábamos, al principio hay una tendencia a la visión plurianual del gasto que se traduce en las determinaciones que se contienen en la normativa sobre la estabilidad presupuestaria pero que no tienen un reflejo idéntico en la conformación de la estructura de gasto presupuestario que sigue siendo, por tanto, esencialmente, anual. La consecuencia es clara: obligación exigible la que procede en el presupuesto en vigor y obligación real del resto de anualidades cuando se incorporen al presupuesto correspondiente.

5.4. El tratamiento en algunas normas de finanzas de las Comunidades Autónomas.

El tratamiento en las respectivas normas autonómicas reguladoras del gasto público de cada una de ellas tampoco puede considerarse homogéneo. De hecho podríamos indicar que se ha traducido en dos líneas de tendencia que podemos identificar con legislaciones especialmente continuistas y muy en la línea de la LGP de 1988 frente a otras Comunidades Autónomas que han transformado su marco presupuestario, probablemente como consecuencia de la Ley de Estabilidad presupuestaria y de las obligaciones europeas y se han aproximado al esquema que se contiene en la LGP de 2003. Analicemos el tratamiento de la cuestión relativa a la admisibilidad de los gastos plurianuales en el ámbito de las distintas normativas.

A) En línea con la normativa estatal anterior

Podemos referirnos a modo de ejemplo a las siguientes normativas:

1.- Comunidad Autónoma de Cataluña

Su regulación, a los efectos de lo que se analiza, se encuentra en el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 diciembre (LCAT 2002/827) y, en concreto, en el artículo 36 cuando señala que: <<...1. La autorización de gastos con un alcance plurianual se subordinará a los créditos que para cada ejercicio consigne el presupuesto de la Generalidad.2. Estos gastos se podrán efectuar si tienen por objeto financiar alguna de las siguientes atenciones:

- a) Inversiones reales y transferencias de capital.
- b) Transferencias corrientes derivadas de normas de rango de ley o de convenios o de contratos programa que amparan actuaciones de alcance plurianual...>>.

2.- Castilla-La Mancha.

Su regulación esencial se encuentra en Decreto Legislativo 1/2002, de 19 de noviembre de 2002, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda de Castilla-La Mancha.

En concreto, el artículo 48 de la normativa indicada establece la regulación de los gastos de carácter plurianual y señala que <<...1. La autorización o realización de gastos de carácter plurianual queda subordinada al crédito que para cada ejercicio autorice el presupuesto.2. Podrán adquirirse compromisos de gasto que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos que a continuación se enumeran:

- a. Inversiones reales y transferencias de capital.

- b. Transferencias corrientes.
- c. Gastos derivados de los contratos regulados por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que no pueden ser estipulados o resulten antieconómicos en el ejercicio presupuestario, así como los de arrendamientos de equipos informáticos.
- d. Arrendamientos de bienes inmuebles, incluidos los contratos mixtos de arrendamiento y adquisición de bienes inmuebles.
- e. Cargas financieras de la Deuda y las demás operaciones de crédito.
- f. Préstamos a corporaciones locales para financiar inversiones en vivienda o actuaciones sobre suelo residencial o industrial

3.- Región de Murcia.

Su regulación se encuentra en el Decreto Legislativo 1/1999, de 2 diciembre (LRM 2000\60) y, en concreto, en el artículo 37 de la misma cuando señala que <<...1. La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual, se subordinará al crédito que para cada ejercicio autoricen los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma.2. Podrán adquirirse compromisos de gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio, y que, además, se encuentren en algunos de los casos que a continuación se enumeran:

- a. Inversiones y transferencias corrientes y de capital.
- b. Los contratos de obra, de suministro, de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por plazo de un año.
- c. Arrendamiento de bienes inmuebles a utilizar por la Administración Pública Regional y sus organismos autónomos.
- d. Cargas financieras por operaciones de endeudamiento.
- e. Contratación del personal laboral eventual cuando la legislación exija un período mínimo de contratación de manera que, a contar desde el inicio de la vigencia del contrato, su duración supere el ejercicio presupuestario.
- f. La contratación de personal laboral eventual, con cargo a gastos plurianuales de inversión, estando limitada su duración a la del gasto plurianual que la financia...>>.

4.- Principado de Asturias

Su regulación esencial se encuentra en el Decreto Legislativo 2/1998, de 25 junio (LPAS 1998\132) que regula la conformación presupuestaria de la citada Comunidad Autónoma en su artículo 29 indicando que <<...1. El Consejo de Gobierno podrá adquirir compromisos de gastos que hayan de extenderse a varios ejercicios posteriores a aquel en que se autorizan, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio, y se trate de alguno de los casos siguientes:

- a) Inversiones y transferencias de capital.
- b) Transferencias corrientes, derivadas de normas con rango de ley.
- c) Contratos de obra, de suministro, de consultoría y asistencia, de servicios, de arrendamiento de equipos y de trabajos específicos y concretos no habituales en la

Administración, que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por plazo de un año.

d) Arrendamiento de bienes inmuebles.

e) Cargas financieras para operaciones de crédito...>>

5.- País Vasco

Es el Decreto Legislativo 1/1994, de 27 septiembre (LPV 1995\75) el que regula las finanzas de dicha Comunidad Autónoma y el que establece en su artículo 22 una referencia específica para los gastos de personal señalando que <<...Los créditos de pago para gastos de personal recogidos en los estados de gastos de los presupuestos respectivos, tendrán el siguiente carácter:

a) En el caso de la Administración de la Comunidad Autónoma y de los Organismos Autónomos Administrativos, tendrán carácter limitativo tanto en lo relativo a la cuantía del crédito como en lo concerniente a la plantilla.

b) En el caso de los Organismos Autónomos Mercantiles, Entes Públicos de derecho privado y Sociedades Públicas, tendrán carácter limitativo en lo relativo a la cuantía del crédito con la excepción en el caso de los Organismos Autónomos Mercantiles de los créditos de pago destinados a los gastos de personal de sus propios funcionarios, que se regirán por lo establecido en el apartado anterior...>>

Esta determinación se completa en el artículo 30 cuando indica que <<...1. El estado de créditos de compromiso está constituido por el conjunto de gastos de carácter plurianual que pueden comprometerse durante el ejercicio.2. El estado de créditos de compromiso indicará para cada uno de ellos su cuantía total y ejercicios previstos para su ejecución.3. La aprobación del estado de créditos de compromiso autorizará a su formalización en las condiciones establecidas. El Gobierno podrá proceder a la modificación y distribución por anualidades de los créditos de compromiso autorizados cuando la necesidad del gasto así lo demande y siempre que el crédito de pago no se vea afectado ni se sobrepase el crédito de compromiso entendido en su conjunto.4. Los presupuestos no podrán recoger créditos de compromiso cuya ejecución no comience en el propio ejercicio, a cuyo efecto deberán estar dotados los correspondientes créditos de pago...>>

B) Adaptadas a regulación de los escenarios presupuestarios y con una visión plurianual del gasto

1.- Ley de Cantabria 14/2006, de 24 de octubre, de Finanzas de Cantabria

En concreto, el Decreto Legislativo 3/2002, de 24 diciembre (LCAT 2002\827) cuando en su artículo 36 regula la autorización de gastos plurianuales e indica que <<...1. La autorización de gastos con un alcance plurianual se subordinará a los créditos que para cada ejercicio consigne el presupuesto de la Generalidad. 2. Estos gastos se podrán efectuar si tienen por objeto financiar alguna de las siguientes atenciones: a) Inversiones reales y transferencias de capital. b) Transferencias corrientes derivadas de normas de rango de ley o de convenios o de contratos programa que amparan actuaciones de alcance plurianual.... >>

2.- Navarra

La regulación se contempla en la Ley Foral 13/2007, de 4 abril (LNA 2007\156) y, en concreto, en el artículo 40 de la misma cuando señala que <<...1. A los efectos de esta Ley Foral, se considera gasto plurianual el que se realiza, total o

parcialmente, en un ejercicio o ejercicios posteriores a aquel en que se compromete el gasto con carácter firme. 2. Con carácter general, el número de ejercicios al que pueda imputarse un gasto plurianual no será superior a cuatro, salvo que una Ley Foral establezca un plazo superior. 3. El importe global de los compromisos firmes de carácter plurianual existentes en un ejercicio no podrá superar los siguientes porcentajes, por cada capítulo económico, referidos al presupuesto inicial:

En el ejercicio inmediato siguiente, el 70 por 100.

En el segundo ejercicio, el 60 por 100.

En el tercer ejercicio, el 50 por 100.

En el cuarto ejercicio, el 30 por 100.

4. Se exceptúan de lo dispuesto en los apartados 2 y 3 anteriores los compromisos de gastos con cargo a ejercicios futuros cuya ejecución esté expresamente autorizada por disposiciones con rango de Ley Foral, que se regirán por los preceptos contenidos en las referidas disposiciones. Si dichas Leyes Forales autorizaran un número de anualidades superior a cuatro y no señalaran los porcentajes máximos de compromiso para estos ejercicios adicionales, los gastos imputables al cuarto y sucesivos ejercicios no podrán superar, en su conjunto, el 30 por 100 del importe de cada uno de los capítulos económicos del estado de gastos del Presupuesto inicial.

5. Sin perjuicio del ejercicio de las competencias de ejecución presupuestaria, la adquisición de compromiso de gasto plurianual deberá estar autorizada previamente por el Gobierno de Navarra, salvo en los casos expresamente autorizados por una Ley Foral. En cualquier caso, no será necesaria la autorización previa del Gobierno cuando la cuantía de la autorización de gasto a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 52 de esta Ley Foral sea inferior a 150.000 euros y el compromiso de gasto afecte únicamente al ejercicio siguiente a aquel en que el compromiso adquiera firmeza...>>.

6.- Las dos formas de desvinculación.

El análisis que acaba de realizarse nos sitúa en un entorno ciertamente complejo por falta de homogeneidad en el tratamiento de las obligaciones procedentes de la negociación colectiva de los funcionarios públicos que, como decíamos al principio, constituye, sin duda, el elemento de cierre en la credibilidad o no del sistema entero de la negociación colectiva.

En este punto y con vocación de síntesis podríamos indicar, con carácter general, que el artículo 38.10 del EBEP introduce una matizada y muy difícil de interpretar capacidad o posibilidad de desvinculación de lo pactado en el marco de la negociación colectiva funcional que no se corresponde con la regulación laboral en la que tal determinación no aparece ni implícita ni explícitamente formulada.

En este terreno general podemos indicar que la posibilidad abierta a la desvinculación unilateral se presenta, eso sí, muy matizada, referida a una situación económica grave que impide el cumplimiento de las obligaciones asumidas. Es claro que la juridificación – por ejemplo a efectos impugnatorios- de concepto tan imprecisos como las dificultades económicas graves pone en manos del ejecutivo un amplio margen de apreciación y, sobre todo, de elección porque como venimos indicando cuando se llega a esta medida es porque se han desechado otras de un calado diferente. El margen impugnatorio de este marco opcional es realmente muy estrecho y, por tanto, la

eventual revisión de la medida desvinculadora se presenta como ciertamente muy reducida en términos reales y más allá de las cuestiones de procedimiento y la aplicación de principios generales.

Pero al margen de estas cuestiones generales en la que, por otra parte, ya hemos incidido al analizar la regulación de la medida, lo que nos importa reseñar ahora es que la obligación creada en el ámbito del EBEP puede ser exigible o no. Será exigible y completa cuando en aplicación de las normativas que lo admitan los gastos y los compromisos económicos asumidos tengan reflejo presupuestario en términos de obligación plurianual.

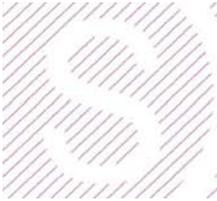
Si esto ocurre la obligación sería plenamente exigible y, por tanto, los términos de la desvinculación ciertamente problemáticos porque nada impide considerar que se trata de una obligación perfecta y, por tanto, exigible. Los términos y las formas de la exigibilidad son varios: desde la utilización de la vía de la inactividad prevista en el artículo 29 de la LRJCA para conseguir una sentencia en la que vía artículo 106 de la LRJCA se pueda obtener la ampliación del crédito y, por tanto, la satisfacción de la obligación; o, incluso, la propia vía de la responsabilidad patrimonial como consecuencia del daño ocasionado por el incumplimiento. La cuestión parte, sin embargo, de la exigibilidad de la obligación como consecuencia de la integración del Acuerdo o Pacto funcional en el circuito de las obligaciones exigibles. De esta forma y, con todas las precauciones que se quiera en razón a la propia vinculación de un presupuesto frente a otro y a la histórica conformación de la iniciativa legislativa presupuestaria, podríamos indicar que, en estos casos que admiten la normativa estatal y las de algunas Comunidades Autónomas, la obligación en materia de personal puede considerarse perfecta y, por tanto, la desvinculación por la aplicación del citado apartado 10 del artículo 38 presenta mayores perfiles de dificultad real.

Frente a lo anterior cuando la obligación no es perfecta porque no se ha incorporado al denominado circuito presupuestario nos encontramos ante una obligación cuasi condicional en tanto no se cumpla la condición de que el Gobierno la incorpore, en la anualidad presupuestaria que proceda, al correspondiente presupuesto. Se trata de una obligación no exigible salvo, claro está, cuando el Gobierno la incorpora a su proyecto de presupuestos y el Parlamento la aprueba. En estos supuestos y, en términos jurídicos, podemos indicar que la obligación consecuencia del Pacto o Acuerdo tiene una conformación estructural muy diferenciada, es más débil (inexigible, en términos presupuestarios) y, por tanto, la condición real: incorporación a los correspondientes presupuestos tiene su propia dinámica y no puede ser ordenada o suplida ni siquiera por los tribunales de justicia. Este supuesto sería el ya resuelto por el Tribunal Supremo al analizar la vinculación de los pactos procedentes de la Ley 9/1987. En esta doctrina se indica, con claridad, que la confección y la conformación de la iniciativa presupuestaria corresponde únicamente al Gobierno y que la incorporación de los compromisos no exigibles (sobre los exigibles hay también normas propias) no es si no una decisión del Gobierno que no puede ser ordenada ni suplida en otras vías.

Esta determinación y este régimen diferenciado nos permite concluir afirmando que existen, realmente, muchas incógnitas aplicativas el apartado 10 del artículo 38 del EBEP que las mismas se incrementan en razón a que la legislación actual sobre los presupuestos públicos admite que los pactos y acuerdos procedentes de aquel tengan un tratamiento diferenciado que convierta en exigible o no la obligación subyacente y, por tanto, complique el panorama de cara a su aplicación y a su desvinculación y, especialmente, de cara a la revisión jurisdiccional de la medida.

En este terreno se mantienen algunas incógnitas muy de marco general. La primera no es otra que la utilidad o la justificación de la consideración de los gastos de personal como gastos de carácter plurianual. Esta medida es, en si misma, discutible y de hecho – como hemos visto- no ha sido este el tratamiento histórico de estos gastos. Pero, siendo discutible, no deja de ser razonable que, en términos de gestión pública, los gastos de personal no sean la panacea continúa de los ajustes económicos ya que esta posibilidad reduce claramente la realización de una política seria y ordenada de gestión de personal. La segunda, no puede ser otra que la oportunidad de establecer esta determinación únicamente para el personal con la condición de funcionario público y no para el personal laboral. Podría decirsenos, en este punto, que para la formulación presupuestaria expuesta cuando no se incorporen a los gastos plurianuales los convenios colectivos son, igualmente, una obligación no exigible. La diferencia esta en que la legislación laboral admite la formulación del conflicto colectivo y del conflicto individual y puede llegar a transformar la obligación como consecuencia de la sentencia que se dicte reconociendo el carácter obligacional de aquella.

El resultado final no puede ser otro que la incertidumbre. Probablemente, y como se ha indicado, la misma que ya proyectaba la Ley 9/1987 en lo que se refiere al carácter exigible de sus obligaciones y la propia conformación de la misma.



Seminari
sobre relacions col·lectives



La eficacia jurídica de los pactos en materia funcionarial

Alberto Palomar Olmeda
Universidad Carlos III de Madrid

Situación de partida

- La necesidad de superar el modelo estatutario
- El precedente de la Ley 9/1987
- Las diferencias con la negociación laboral en el plano de la relación jurídica individual.
- La propia doctrina del Tribunal Supremo en relación con la vinculación de “lo funcionarial”.

El punto de partida

- El artículo 38 del EBEP señala que <<...1. En el seno de las Mesas de Negociación correspondientes, los representantes de las Administraciones Públicas podrán concertar **Pactos y Acuerdos** con la representación de las Organizaciones Sindicales legitimadas a tales efectos, para la determinación de condiciones de trabajo de los funcionarios de dichas Administraciones...>>.

A partir de aquí

- Los pactos

<<...se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y se aplicarán directamente al personal del ámbito correspondiente....>>.

Realmente esto no es muy comprensible

- Es realmente difícil encontrar una materia que no tenga conexiones:
 - - Financieras, presupuestarias
 - - De personal.

Realmente es difícil encontrar “esa capacidad autónoma” de un órgano administrativo

Y en segundo término

- Los Acuerdos <<... versarán sobre materias competencia de **los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas**. Para su validez y eficacia será necesaria su aprobación expresa y formal por estos órganos. Cuando tales Acuerdos hayan sido ratificados y afecten a temas que pueden ser decididos de forma 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...>>.

Este segundo supuesto

- Es claro, no obstante, que esta regulación está pensando en aquellos supuestos en los que el Acuerdo afecta o debe traducirse en un proyecto de ley.
- Los problemas aquí no son menores porque finalmente la iniciativa legislativa tiene un titular y el procedimiento legislativo no admite negociaciones ad extra.

Régimen jurídico

- Los Pactos y Acuerdos deberán determinar las partes que los conciertan, el ámbito personal, funcional, territorial y temporal, así como la forma, plazo de preaviso y condiciones de denuncia de los mismos.
- - Se establecerán Comisiones Paritarias de seguimiento de los Pactos y Acuerdos con la composición y funciones que las partes determinen.
- - Los Pactos celebrados y los Acuerdos, una vez ratificados, deberán ser remitidos a la Oficina Pública que cada Administración competente determine y la Autoridad respectiva ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda en función del ámbito territorial.
- - Los Pactos y Acuerdos en sus respectivos ámbitos y en relación con las competencias de cada Administración Pública, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre las negociaciones de distinto ámbito y los criterios de primacía y complementariedad entre las diferentes unidades negociadoras.

Realmente

- Se establece un vínculo obligacional - cuya naturaleza no se determina- pero que se denomina pacto – si el que asume por la Administración la obligación tiene competencia para ello y Acuerdo si corresponde a los órganos de Gobierno.
- El problema central es su naturaleza jurídica

La vinculación

- Se garantiza el cumplimiento de los Pactos y Acuerdos, salvo cuando excepcionalmente **y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas**, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Pactos y Acuerdos ya firmados, en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación...>>.

En un sentido estricto

- Estos instrumentos quedan sometidos a los principios generales que se contienen, esencialmente, en el artículo 33 según el cual <<...1. La negociación colectiva de condiciones de trabajo de los funcionarios públicos que estará sujeta a los **principios de legalidad, cobertura presupuestaria, obligatoriedad, buena fe negocial, publicidad y transparencia**, se efectuará mediante el ejercicio de la capacidad representativa reconocida a las Organizaciones Sindicales en los artículos 6.3.c); 7.1 y 7.2 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto (RCL 1985, 1980; ApNDL 13091), de Libertad Sindical y lo previsto en este Capítulo...>>.

Conclusión parcial

- Con vocación de síntesis podríamos, por tanto, indicar que se trata de una regulación ciertamente tributaria de la ya establecida en la Ley 9/1987 con un esquema similar para su adopción y con un planteamiento final que, como inmediatamente, se verá mantiene un fuerte predominio de la Administración que, finalmente, puede:
 - **Establecer**, con muchas condiciones y cumpliendo una serie de requisitos, las condiciones de trabajo de una forma unilateral.
 - **Desvincularse** de lo pactado, en los términos que se analizan en los apartados siguientes.

El apartado 10 del artículo 38

- La no-garantía de los pactos y acuerdos se configura **como una medida excepcional y fundada en una causa grave de interés público**. Ambos son conceptos indeterminados que deberían interpretarse en el contexto que indica la doctrina, esto es, como una medida ciertamente anormal en el cumplimiento de los mismos.
- La causa grave de intereses público solo puede ser contenido económico que se identifica **con “una alteración sustancial de las circunstancias económicas...”**. Por tanto, no es cualquier razón grave de interés público la que justifica la desvinculación sino exclusivamente la de carácter económico.
- La desvinculación puede afectar a **la suspensión del pacto o acuerdo o la modificación de los ya firmados** con el límite en ambos casos de que la afección alcance sólo a aquellas cuestiones que permitan salvaguardar el interés público.
- El precepto **no establece** – ni siquiera en la modificación- que la misma tenga que ser objeto de negociación si no que la aplicación de este precepto se cumple, en el plano procedimental con la comunicación de las causas.

Quien debe declarar la suspensión o modificación

- El artículo 38.10 del EBEP reserva esta decisión a <<...los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan...>>.
- Esta determinación no deja de ser algo conflictiva ya que si el órgano de gobierno ha suscrito el pacto o acuerdo se tratará como una determinación unilateral desvinculatoria pero si no lo ha suscrito está incidiendo en el ámbito de competencia que no propio suyo

En qué casos

- La apreciación de las circunstancias habilitadoras **es discrecional**
- En economía hay soluciones alternativas que justifican que **no exista una solución única**.
- Al tratarse de un contenido ciertamente **discrecional y, probablemente, especulativo** la impugnación jurisdiccional se presenta como ciertamente difícil. Se centrará en el mínimo cumplimiento de las condiciones procedimentales (comunicación de las causas

Por qué procedimiento

- Si se entiende que la decisión **no corresponde** a quien negoció si no a quien administra o representa los intereses generales y, por tanto, **es formalmente ajeno a aquella relación nos permitiría pensar que no se trata de una relación convenial sino de una instrucción particular** que afecta a un pacto o acuerdo como podría afectar a cualquier otra obligación y , si eso fuera así, podría aceptarse el traslado posterior de los motivos como única forma de “consulta
- El Acuerdo **es un acto administrativo** que debe ser motivado con la referencia a la justificación última de la decisión con lo que la notificación del Acuerdo podría, incluso, considerarse como la notificación de las causas a que se refiere el EBEP

La revisión jurisdiccional de la decisión

- No cabe duda de su impugnabilidad desde el momento en que se notifica a las partes o desde que se publica en el correspondiente Diario Oficial.
- La impugnación sobre el fondo es realmente compleja dadas las alternativas económicas
- Esto nos permite indicar que la revisión jurisdiccional debería realizarse sobre la base de principios generales tales como la proporcionalidad de la medida, su contexto general, la ausencia de arbitrariedad visible.

¿Es o no un conflicto colectivo susceptible de ser sometido a los sistemas de solución de conflictos?

El 45.2 del EBEP indica que

<<...2. Los conflictos a que se refiere el apartado anterior podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de Ley.... >>

La decisión de desvinculación

- La cuestión que se plantea inmediatamente es si una decisión de desvinculación causal en los términos que hemos indicado puede ser considerada como una cuestión **que afecta a la negociación** (de forma dudosa), **a la aplicación** (de forma prácticamente indudable) o **la interpretación** (solo si puntualmente surge esta cuestión en el marco de la nueva normativa).

La utilización de los sistemas

- En el caso de la mediación
- En el caso del arbitraje

Con vocación de síntesis podríamos indicar que la posibilidad teórica y real de la aplicación de estos sistemas de solución se presenta ciertamente dudosa y complicada por lo que lo razonable, pese a que el conflicto colectivo realmente exista, es que la discusión relativa al acto de desvinculación sea una discusión, esencialmente, jurisdiccional

El tratamiento presupuestario

- El problema de las dos legalidades en términos históricos y de regulación en la anterior LGP.
- Inviabilidad de los gastos de carácter plurianual
- Esto genera distinción entre obligación normal y obligación exigible. La primera es la que procede de los esquemas generales del Derecho mientras que la segunda, parte (asume) una obligación civil, pero la convierte en exigible si se incorpora al correspondiente presupuesto
- Obligaciones puras y obligaciones exigibles

La Ley General Presupuestaria de 2003

- Establece la posibilidad del gasto plurianual en el marco de las obligaciones de personal al hacer desaparecer la prohibición que se contenía en 1988.

Esto nos permite indicar

- Que en la legislación **presupuestaria ha desaparecido la determinación** específica de que los gastos de personal no podían tener la condición de gastos plurianuales. Su plurianualidad estará ahora en función de su naturaleza y del tratamiento que los mismos reciban en el marco de los escenarios presupuestarios.
- **Los escenarios presupuestarios lo que reflejan en la previsión de gasto** en cada materia como forma de articulación ordenada en el tiempo de las políticas públicas. En consecuencia podríamos afirmar que el que es consistente para la firma del acuerdo debería serlo para proyectarlo en su política plurianual si es que realmente se ha suscrito con auténtica vocación de cumplirlo. El reflejo en los escenarios presupuestarios de las consecuencias económicas del pacto no es si no la prueba de madurez de su propia suscripción.
- **Que las dificultades que en la legislación actual se mantienen en relación con el número de anualidades**, y, sobre todo, con el carácter decreciente del gasto en las subsiguientes a la inicial pueden ser “liberadas” por el Consejo de Ministros al aprobar el propio instrumento que genera el gasto y, claro está, cumplimiento con los requisitos que la propia legislación presupuestaria contiene

En la normativa de Haciendas Locales

- El artículo 174 LHL
- <<1. La autorización o realización de los gastos de carácter plurianual se subordinará al crédito que para cada ejercicio autoricen los respectivos presupuestos.2. Podrán adquirirse compromisos por gastos que hayan de extenderse a ejercicios posteriores a aquel en que se autoricen, siempre que su ejecución se inicie en el propio ejercicio y que, además, se encuentren en alguno de los casos siguientes:
 - a) Inversiones y transferencias de capital.
 - b) Los demás contratos y los de suministro, de consultoría, de asistencia técnica y científica, de prestación de servicios, de ejecución de obras de mantenimiento y de arrendamiento de equipos no habituales de las entidades locales, sometidos a las normas del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que no puedan ser estipulados o resulten antieconómicos por un año.
 - c) Arrendamientos de bienes inmuebles.
 - d) Cargas financieras de las deudas de la entidad local y de sus organismos autónomos.
 - e) Transferencias corrientes que se deriven de convenios suscritos por las corporaciones locales con otras entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro.
- LUEGO NO ESTAN LOS GASTOS DE PERSONAL...VOLVEMOS A LA SITUACIÓN PREVIA DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL

La legislación de las Comunidades Autónomas

- En línea con la normativa anterior:
- - Cataluña, Castilla-La Mancha, Murcia, Asturias, País Vasco
- En línea con la plurianualidad
- - Cantabria, Navarra,

El problema en una misma organización

- El derecho funcional
- El derecho laboral que no admite la desvinculación, formaliza el conflicto y consigue la reintegración de la relación jurídica de los pactos
- Incertidumbre e inoportunidad, probablemente, y como se ha indicado, la misma que ya proyectaba la Ley 9/1987 en lo que se refiere al carácter exigible de sus obligaciones y la propia conformación de la misma

3

**Negociació col·lectiva de les retribucions del personal laboral:
límits i possibilitats.**

Tomàs Sala Franco. Catedràtic de dret del treball de la Universitat de València.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LAS RETRIBUCIONES DEL PERSONAL LABORAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: LÍMITES Y POSIBILIDADES

Tomás Sala Franco

Catedràtic de Dret del Treball i de la Seguretat Social
Universitat de València

1.- LAS FUENTES NORMATIVAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS RETRIBUCIONES DEL PERSONAL LABORAL DE LAS AA.PP.	1
2.- LOS LÍMITES A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RETRIBUTIVA DESDE UNA PERSPECTIVA CUANTITATIVA. 2	2
3.- LOS LÍMITES RETRIBUTIVOS EN LA LEY GENERAL DE PRESUPUESTOS DEL ESTADO PARA 2009.	3
4.- LOS LÍMITES RETRIBUTIVOS EN LA LEY DE PRESUPUESTOS DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA PARA EL 2009.-.....	5
5.- LOS LÍMITES RETRIBUTIVOS DESDE UNA PERSPECTIVA CUALITATIVA.	5

1.- Las fuentes normativas para la determinación de las retribuciones del personal laboral de las AA.PP.

Con carácter general, conforme a lo dispuesto en el Art. 27 del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP), las retribuciones del personal laboral de las Administraciones Públicas (en adelante, AA.PP) se determinarán de acuerdo con:

- 1º) Lo establecido en el Art. 21 del EBEP.
- 2º) La legislación laboral (Arts. 26 a 32 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, ET).
- 3º) El convenio colectivo aplicable, respetando las normas legales (y reglamentarias) imperativas (del EBEP y del ET).
- 4º) El contrato individual de trabajo.

Así pues, la negociación colectiva de las retribuciones del personal laboral de las AA.PP vendrá limitada por lo establecido en el Art. 21 del EBEP y, en su caso, por lo establecido en los Arts. 26 a 32 del ET,

2.- Los límites a la negociación colectiva retributiva desde una perspectiva cuantitativa.

El Art. 21 del EBEP viene a regular los límites retributivos del personal laboral de las AA.PP desde una perspectiva cuantitativa.

Según lo dispuesto en este precepto legal, “no podrán acordarse incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado” para el personal laboral, debiendo reflejarse el incremento de la masa salarial del personal laboral para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos.

Así pues, en términos cuantitativos, los convenios colectivos del personal laboral vendrán limitados por el incremento global establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos.

Y estos límites al crecimiento retributivo del personal laboral de las AA.PP ha sido declarado constitucional por las Sentencias del Tribunal Constitucional 63/1986, de 21 de mayo y 96/1990, de 24 de mayo, al considerar que *“los objetivos de una política económica de contención de la inflación a través de la reducción del déficit público, y de prioridad de las inversiones públicas frente a los gastos consuntivos son motivo suficiente para legitimar la introducción de límites a los incrementos salariales del personal al servicio del sector público”*.

Ahora bien, “la aplicación del incremento de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas (del personal funcionario y del personal laboral) que se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y de las Comunidades Autónomas” será “materia objeto de negociación colectiva” (Art. 37.1 a) del EBEP).

Comoquiera que estos incrementos retributivos constituyen una materia sometida a “*reserva material de ley*” y, en consecuencia, solamente podrán ser definitivamente determinados por los Parlamentos (las Cortes Generales o las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), los acuerdos colectivos logrados en esta negociación no tendrán una eficacia jurídica directa, lo que significa que lo que se hubiere acordado no obligará a las partes negociadoras y a sus representados, sino que únicamente obligará al órgano de gobierno que tenga iniciativa legislativa para elaborar, aprobar y remitir al órgano legislativo competente “*el correspondiente Proyecto de Ley conforme al contenido del acuerdo y en el plazo que se hubiere acordado*” (Art. 38.3 del EBEP).

Por otra parte, en la medida en que se trata de una materia aplicable tanto al personal funcionario como al personal laboral, deberá negociarse en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas prevista en el Art. 36.1 del EBEP. Dirá, en este sentido, el Art. 36.3 del EBEP: “*Será específicamente objeto de negociación en el ámbito de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas el incremento global de las retribuciones del personal al servicio de las Administraciones Públicas que corresponde incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año*”.

A partir de aquí, cada Ley de Presupuestos (del Estado y de cada una de las Comunidades Autónomas), en el marco de sus correspondientes competencias, concretarán los límites retributivos de su personal laboral.

3.- Los límites retributivos en la Ley General de Presupuestos del Estado para 2009.

Así, tomando como modelo lo sucedido en este último año presupuestario (el año 2009):

1º) En primer lugar, la Ley General de Presupuestos del Estado para 2009, en su Art. 22 (en adelante, LGPE) establece hasta cuatro reglas de “*carácter básico*” (al amparo de los Arts. 149.1.13 y 156.1 de la Constitución, sobre la competencia exclusiva del Estado en materia de “*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*” y sobre la “*autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles*”, respectivamente) y, por ello, de general aplicación para las Comunidades Autónomas y para las Corporaciones Locales (Art. 22.11 LGPE). Así:

- a) Primero, el Art. 22.2 de la LGPE establece que “*con efectos de 1 de enero del año 2009 las retribuciones del personal al servicio del sector público (y, dentro de él, del personal laboral) ... no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por 100 con respecto a las del año 2008 en términos de homogeneidad para los dos periodos de comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo*”.
- b) Segundo, adicionalmente al 2 por 100, la masa salarial del personal laboral de las AA.PP experimentará un incremento del 1 por 100, con el objeto de lograr, progresivamente, una acomodación de las retribuciones complementarias, excluidas la productividad y las gratificaciones por servicios extraordinarios, que permita su percepción en 14 pagas al año, 12 ordinarias y 2 adicionales, en los meses de junio y diciembre (Art. 22.3 de la LGPE).
- c) Tercero, además del incremento general de las retribuciones, las AA.PP podrán destinar hasta un 0.5 por 100 de la masa salarial para financiar aportaciones a planes de pensiones de empleo o contratos de seguro colectivos que incluyan la cobertura de la contingencia de jubilación (Art. 22.4 de la LGPE).
- d) Y, cuarto, el Art. 34 de la LGPE establece la prohibición para los empleados públicos (tanto para el personal funcional como para el laboral) de percibir “*participación alguna en los tributos, comisiones u otros ingresos de cualquier naturaleza que correspondan a la Administración como contraprestación de cualquier servicio o jurisdicción ni participación o premio en multas impuestas aún cuando estuvieran normativamente atribuidas a los mismos, debiendo percibir únicamente las remuneraciones del correspondiente régimen retributivo*”.

De esta manera, sintetizando, la negociación colectiva de las retribuciones del personal laboral de las AA.PP no podrá incrementar la masa salarial del 2008 del personal laboral en su conjunto (en términos de homogeneidad para los dos periodos de comparación tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo) en más de un 2 por 100; más un 1 por 100 para determinadas retribuciones complementarias; y un 0,5 por 100 para planes de pensiones y contratos de seguro colectivos; viniendo expresamente prohibidas las participaciones sobre tributos, comisiones o multas.

Estos límites a los incrementos retributivos del personal laboral de las AA.PP abarcan no solamente a las AA.PP en sentido propio (AGE, CC.AA y Corporaciones Locales) sino también a los “*Organismos Autónomos*” de ellas dependientes, a las “*sociedades mercantiles públicas que perciban aportaciones de cualquier naturaleza con cargo a los presupuestos de los entes o*

sociedades que pertenezcan al sector público destinadas a cubrir el déficit de explotación” y a las “entidades públicas empresariales y el resto de los organismos públicos y entes del sector público estatal, autonómico y local” (Art. 22.1 de la LGPE).

2º) Y, en segundo lugar, la LGPE viene a su vez a establecer cinco reglas específicas para el personal laboral de la Administración General del Estado (en adelante, AGE):

- a) Primero, define lo que deba entenderse por “masa salarial” a los efectos anteriores, como *“el conjunto de retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados durante 2008 por el personal laboral del sector público estatal, con el límite de las cuantías informadas favorablemente por el Ministerio de Economía y Hacienda para dicho ejercicio presupuestario, exceptuándose en todo caso: a) Las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social. b) Las cotizaciones al sistema de la Seguridad Social a cargo del empleador. c) Las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos. d) Las indemnizaciones o suplidos por gastos que hubiera realizado el trabajador”* (Art. 25.1 de la LGPE).
- b) Segundo, señala nuevamente, concretándola, que *“las variaciones de la masa salarial bruta se calcularán en términos de homogeneidad para los dos periodos objeto de comparación, tanto en lo que respecta a efectivos de personal y antigüedad del mismo, como el régimen privativo de trabajo, jornada, horas extraordinarias efectuadas y otras condiciones laborales, computándose por separado las cantidades que correspondan a las variaciones en tales conceptos”* (Art. 25. 1 de la LGPE). Es aquí, ciertamente, donde se pueden producir “desviaciones” de la masa salarial del año anterior, a través de la “deshomogeneización” de los puestos de trabajo, pudiendo llegar al extremo a constituir verdaderos “fraudes de ley”.
- c) Tercero, señala que *“la distribución y aplicación individual (de la masa salarial aumentada con los correspondientes incrementos) se producirá a través de la negociación colectiva”* (Art. 25.1 de la LGPE). En este sentido, en la medida en que una misma Administración (un Ayuntamiento, por ejemplo) pueden negociarse más de un convenio colectivo, para distintos colectivos del personal, será posible fijar distintas retribuciones.
- d) Cuarto, señala que la “autorización (administrativa por el Ministerio de Economía y Hacienda) será requisito previo para el comienzo de las negociaciones de los convenios colectivos que se celebren en el año 2009 (Art. 25.1 y 2 de la LGPE).
- e) Y, quinto, establece la exigencia de un Informe favorable conjunto de los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral, entendiendo por *“determinación o modificación de condiciones retributivas”*, entre otras, la firma de convenios colectivos suscritos por la AGE así como sus revisiones, adhesiones o extensiones a los mismos (Art. 37.1 de la LGPE), siendo nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de Informe o en contra del Informe desfavorable, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a los que determinen las futuras Leyes de Presupuestos (*“principio de la anualidad presupuestaria”*) (Art. 37. 5 de la LGPE).

4.- Los límites retributivos en la Ley de Presupuestos de la Generalitat de Catalunya para el 2009.-

La Ley de Presupuestos de la Generalitat (en adelante, LPGC) viene a repetir, dentro del marco de sus competencias, lo dispuesto con carácter general en la LGPE para todos los empleados públicos y lo dispuesto con carácter especial para el personal laboral de la AGE, con ligeras modificaciones de redacción.

Así, el Art. 26 de la LPGC dirá:

- a) Primero, que para el año 2009, la masa salarial del personal laboral no puede experimentar un aumento global superior al 2 por 100 respecto del correspondiente ejercicio del 2008.
- b) Segundo, que resulta excluido de la masa salarial del personal laboral a efectos del incremento retributivo el *“personal de alta dirección”*.
- c) Tercero, que el incremento retributivo ha de hacerse “en términos de homogeneidad para los dos periodos objeto de comparación, tanto en lo que se refiere a efectivos de personal y antigüedad como al régimen de trabajo, jornada, horas extraordinarias y demás condiciones laborales”.
- d) Cuarto, que la masa salarial del personal laboral podrá experimentar un incremento del 1 por 100 adicional para el aumento de determinadas retribuciones complementarias.
- e) Quinto, define la *“masa salarial”* a estos efectos igual que la LGPE.
- f) Sexto, que la firma de convenios colectivos, las adhesiones o las extensiones de tales convenios necesitan el Informe favorable conjunto del Departamento competente en materia de función pública y del Departamento de Economía y Finanzas, siendo nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en materia de retribuciones del personal laboral con omisión del trámite de Informe o en contra de un Informe desfavorable, así como los pactos que supongan crecimientos salariales para sucesivos ejercicios contrarios a lo que determinen las futuras Leyes de Presupuestos.
- g) Y, séptimo, que las retribuciones serán reguladas por los convenios colectivos.

5.- Los límites retributivos desde una perspectiva cualitativa.

Desde una perspectiva cualitativa, los convenios colectivos del personal laboral de las AA.PP deberán respetar igualmente lo dispuesto en los Arts. 26 a 31 del ET, todos ellos de carácter imperativo y, por ello, limitaciones de la negociación colectiva de este personal laboral. Así:

1º) En primer lugar, habrán de respetarse los conceptos legales del *“salario”* y de las *“percepciones extrasalariales”* establecidos en el Art. 26.1 y 2 del ET, respectivamente:

- a) El *“salario”* será *“la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por*

cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”.

- b) Las “*percepciones extrasalariales*” serán las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados por el trabajador, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.

2º) En segundo lugar, habrá de respetarse la estructura salarial diseñada en el Art. 26.3 del ET, si bien en este precepto legal lo único que se establece imperativamente es que la estructura salarial deberá incluir como mínimo un “*salario base*”, como retribución fijada por unidad de tiempo o por unidad de obra, existiendo libertad plena para negociar en su caso “*complementos salariales*” personales, en atención al trabajo realizado, al puesto de trabajo o a la situación o resultados del empleador.

De esta manera, entiendo que no habrá problema legal alguno para que la estructura salarial del personal laboral se establezca en el convenio colectivo “*a imagen y semejanza*” de la estructura salarial de los funcionarios públicos de la Administración Pública de que se trate.

3º) En tercer lugar, el “*carácter consolidable*” o no de los complementos salariales que se establezcan en el convenio colectivo aplicable podrá ser pactado libremente, si bien, a falta de pacto colectivo sobre esta cuestión, no serán consolidables los complementos salariales vinculados al puesto de trabajo o a la situación o resultados del empleador y sí los demás (Art. 26.3 del ET).

4º) En cuarto lugar, habrá de respetarse lo dispuesto en el Art. 26.4 del ET, según el cual las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.

5º) En quinto lugar, habrá de respetarse igualmente la regla de la “*compensación o absorción salarial*”, según la cual los salarios realmente abonados, en su conjunto y en cómputo anual, deberán ser más favorables para los trabajadores que los fijados en la norma legal o convenio colectivo aplicables (Art. 26.5 del ET).

6º) En sexto lugar, el personal laboral de las AA.PP tendrá derecho al “*salario mínimo interprofesional*” previsto en el Art. 27.1 del ET y fijado anualmente por el Gobierno, rigiendo el principio de inembargabilidad de este salario mínimo interprofesional (Art. 27.2 del ET).

7º) En séptimo lugar, el principio de igualdad de remuneración por razón de género regirá las relaciones del personal laboral de las AA.PP. Así, la AP “*estará obligada a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella*” (Art. 28 del ET).

8º) Las reglas del Art. 29 del ET sobre liquidación y pago del salario (tiempo, modo y lugar de pago) serán de aplicación a las relaciones de este personal laboral con las AA.PP.

9º) En noveno lugar, el personal laboral de las AA.PP tendrá derecho al salario en el caso de imposibilidad de prestar sus servicios por impedimentos imputables a la Administración Pública empleadora (Art. 30 del ET).

10º) En décimo lugar, el trabajador de la AP tendrá derecho a dos pagas extraordinarias como mínimo (una por Navidad y la otra en el mes que se fije por convenio colectivo o por acuerdo entre la Administración empleadora y los representantes del personal, fijándose igualmente su cuantía en el convenio colectivo aplicable y pudiéndose pactar en él el prorrateo de las dos pagas extraordinarias en las doce mensualidades (Art. 31 del ET).

A diferencia de lo que sucede con los funcionarios públicos, para los que las cuantías de las pagas extraordinarias viene garantizada en el Art. 23.4 del EBEP: una mensualidad de las retribuciones básicas y la totalidad de las retribuciones complementarias, salvo las vinculadas a la cantidad o calidad del trabajo.