

IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO

Licenciado en Derecho

Becario de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia

Extracto:

PARTIENDO del problema de la cobertura constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, y constatado el reconocimiento del mismo por la Ley 9/1987, de 12 de junio, se analizan las peculiaridades que concurren en cuanto al órgano negociador, procedimiento y conclusión de la negociación, tomando como referencia para la comparación el régimen aplicable al personal laboral.

Sumario:

- I. La ausencia de un reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos.
- II. La posterior concesión legal sin cobertura constitucional.
- III. Su relación con la negociación colectiva laboral.
- IV. Las peculiaridades del órgano negociador.
- V. El alcance de la protección del derecho fundamental de libertad sindical.
- VI. El procedimiento de negociación.
- VII. El resultado final de la negociación: los acuerdos y los pactos.

I. LA AUSENCIA DE UN RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La posibilidad de celebrar y situarse bajo el manto protector de un convenio colectivo no es hoy día un derecho reconocido con carácter exclusivo y excluyente a los trabajadores asalariados, sino que también gozan de él los funcionarios públicos y el personal estatutario de la Seguridad Social ¹, grupos excluidos expresamente de la normativa laboral por el artículo 1.3 a) del Estatuto de los Trabajadores.

Pero aunque en la actualidad esta conclusión no merece dudas, tradicionalmente se negó este derecho fuera del ámbito laboral; la vieja polémica que suscitó esta cuestión, planteada sobre la base de los artículos 7, 28 y 37 de la Constitución Española, situaba en dos frentes a la doctrina; así, mientras que para unos nuestra Norma Suprema ni reconoce ni impide el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, sino que remite a la ley su regulación ², para otros sí les atribuye este derecho, bien por la vía del artículo 37.1 ³ bien a partir del artículo 28.1, solución por la que se decantaban la mayoría de los autores ⁴.

¹ La jurisprudencia no ha dudado en afirmar, como se ve en las SSTs de 19-4-1991 (Ar. 6238) y de 14-2-1992 (Ar. 988), que la relación que vincula al personal sanitario de la Seguridad Social con la correspondiente entidad gestora, no es de naturaleza laboral, ni se rige por el Derecho del Trabajo, sino que tiene una clara naturaleza de Derecho Público, y aunque es diferente de la que une a los funcionarios públicos con la Administración, entre una y otra existen indudables afinidades y paralelismos, sobre todo en orden a la estructura normativa por la que se rigen, al tratarse ambas de relaciones estatutarias, afinidades que justifican un idéntico tratamiento en materia de negociación colectiva. Por ello, la negociación colectiva del personal estatutario se rige también por el Capítulo III de la Ley 9/1987, de 12 de junio, modificado por la Ley 7/1990, de 19 de julio, como se deduce de lo que manifiestan sus artículos 1, 2, 7, 23 y 31.

² Por todos, M. ARENILLA SÁEZ, *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Madrid, 1993, pág.87; A. BLASCO ESTEVE, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *REDA*, n.º 52, 1986, págs. 509 y ss.

³ Vid. V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *REDT*, n.º 39, julio/septiembre 1989, págs. 439 y ss.; L. ORTEGA ÁLVAREZ, *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983, págs. 322 y ss.

⁴ Vid. J. APARICIO TOVAR, «La contratación colectiva de los funcionarios públicos», en AA.VV., *Jurisprudencia Constitucional y relaciones laborales*, CEC, Madrid, 1983, págs. 307 y ss.; P. GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, págs. 285-287; M. RODRÍGUEZ-PINERO, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», *Relaciones Laborales*, n.º 220, 1987, págs. 2 y ss.

La clarificación jurisprudencial del problema comenzó con la STC 57/1982, de 27 julio ⁵, en conflicto planteado entre el Estado y la Comunidad Autónoma Vasca, sentencia que se decidió por la exclusión del sistema de negociación colectiva de los funcionarios públicos debido a su sometimiento a las condiciones de empleo determinadas legal y reglamentariamente, doctrina acogida íntegramente por el Tribunal Supremo ⁶. La razón primordial de esta exclusión deriva de la propia literalidad del artículo 37.1 de la Constitución Española, título constitucional de la negociación colectiva, que alude a la que se desarrolla «entre los representantes de los trabajadores y empresarios», círculo subjetivo en el que no está incluida la Administración ⁷.

Sin embargo, pronto se planteó la posibilidad de extender ese derecho al ámbito de la función pública a partir del artículo 28.1 de la Constitución Española; esta vía indirecta de reconocimiento de la negociación colectiva se apoyaba en la reiteradísima jurisprudencia mediante la que el Tribunal Constitucional ha configurado la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical, derecho fundamental que sí es reconocido en el ámbito de la Administración Pública ⁸.

Por contra, la jurisprudencia ha negado reiteradamente esta relación en el ámbito de la función pública, afirmando que el derecho a la negociación colectiva no se atribuye a los sindicatos de funcionarios en los mismos términos que a los de los trabajadores, considerando significativa la redacción de los apartados b) y c) del artículo 6.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, que, con relación a los sindicatos más representativos, se refieren con separación a «la negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores» -apartado b)-, y, en el apartado c), a «participar como interlocutores en la determinación de las condiciones de trabajo en las

⁵ Cuya doctrina se mantiene, entre otras, en las SSTC 39/1986, de 31 de marzo, 106/1987, de 25 de junio, 184/1987, de 18 de noviembre y 61/1989, de 3 de abril.

⁶ Toda la exposición que sigue, ya histórica, sobre el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos se recoge reiteradamente en la jurisprudencia; a saber: SSTC de 30-5, 29-6, 27 y 30-10-1992 (Ar. 4454, Ar. 5195, Ar. 8379 y Ar. 8397), 18 y 22-3-1993 (Ar. 2074 y Ar. 2116), 6, 16 y 30-6, 1, 12, 14 y 18-7, 16-9, 4-10 y 2 y 3-11-1994 (Ar. 5108, Ar. 5289, Ar. 5203, Ar. 5688, Ar. 5714, Ar. 6017, Ar. 6102, Ar. 7021, Ar. 7846, Ar. 8764 y Ar. 10190), 1-2, 30-6 y 20-11-1995 (Ar. 1210, Ar. 5107 y Ar. 8664), 19-2-1996 (Ar. 1582) y 19-2-1996 (Ar. 1583).

⁷ A salvo de entender, como V.A. MARTÍNEZ ABASCAL, «Alcance y efectos de la capacidad convencional colectiva en la función pública española», *REDT*, n.º 39, julio/septiembre 1989, que la Constitución Española «hace un uso atécnico de dicho vocablo, como lo demuestra palpablemente una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 de la norma fundamental, y no existe razón de peso para estimar que el artículo 37.1 de la Constitución Española excepcione ese criterio». No obstante, la posición doctrinal mayoritaria se decanta por considerar que el término «trabajadores» del artículo 37.1 de la Constitución Española excluye a los funcionarios; por todos, *vid.* R. ROQUETA BUI, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 35.

⁸ Como se ha visto, buena parte de la doctrina sostenía y sostiene que con apoyo en el artículo 28.1 de la Constitución Española, y también en el Derecho internacional (Convenios 87, 98, 151 y 154 OIT y la Carta Social Europea), el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos existía con anterioridad a la Ley 9/1987; para este sector doctrinal la citada ley supone su ordenación en detalle y no su reconocimiento. Así, S. DEL REY GUANTER, «Evolución General y Problemática Fundamental de las relaciones colectivas en la Función Pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1989, pág. 51; M. RODRÍGUEZ-PINERO, «Ley y negociación colectiva en la función pública», en *Relaciones Laborales*, n.º 14, julio 1997, pág. 4; R. ROQUETA BUI, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 36 y ss.

Administraciones Públicas a través de los oportunos procedimientos de consulta o negociación»⁹. En esta línea, el Tribunal Supremo llega a la conclusión que de la Ley Orgánica de Libertad Sindical no se infiere que los sindicatos de funcionarios deban tener como parte del contenido esencial de su derecho fundamental de libertad sindical el de negociación colectiva, porque no les es atribuido directamente, a diferencia de lo que ocurre con los sindicatos de trabajadores¹⁰.

Otro intento para el reconocimiento *ex Constitutione* del derecho cuestionado consistió en apelar a la igualdad de tratamiento de los trabajadores y los funcionarios deducida de la propia Carta Magna, y desde la perspectiva del derecho de sindicación, lo que a juicio de la STC 57/1982 decae al comparar los artículos 28.1 y 37.1 de la Constitución Española y la propia dicción de sus artículos 35.2 y 103.3, que remiten, por un lado, a la ley para la regulación del «Estatuto de los Trabajadores» y, por otro, al «Estatuto de los Funcionarios Públicos», «ya que la Constitución Española no ignora que son situaciones diversas por su contenido, alcance y ámbito diferente de función y actuación, y por eso independiza y diversifica su regulación legislativa, sometiénolas a una normativa diferenciada».

II. LA POSTERIOR CONCESIÓN LEGAL SIN COBERTURA CONSTITUCIONAL

Si bien la Constitución Española no reconoce el derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos tampoco lo prohíbe, de forma que es la ley ordinaria quien puede atribuir, y en su caso configurar, los términos en que se concede ese derecho. A falta de habilitación legal, la negociación colectiva de las condiciones de trabajo del personal vinculado a cualquiera de las Administraciones Públicas sólo era posible lícitamente cuando se trataba de personal sometido a Derecho laboral, pero no en el caso del personal funcionario, al no haber norma de cobertura para ello¹¹.

⁹ Literalmente, la STS de 14-7-1994 (Ar. 6017) afirma que «la lectura comparada de los apartados b) y c) del artículo 6 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical evidencia que en el apartado c), y a diferencia del b), no se atribuye de modo inequívoco un derecho de negociación colectiva, sino un simple derecho de participar como interlocutores a través de procedimientos que no determina, lo que demuestra que es en definitiva una pura opción legal la que queda abierta, y que será la ley ordinaria la que con plena libertad determinará las facultades del sindicato».

¹⁰ No obstante, la unanimidad jurisprudencial no es total, como se ve en la STS de 17-6-1991 (Ar. 5149), que discrepa de la solución mayoritaria, y no duda en afirmar que la negociación colectiva de condiciones de trabajo del personal funcionario o estatutario «no se halla bajo la cobertura del artículo 37.1 de la Constitución Española, cuyo ámbito se consiére al área laboral, sino que encuentra amparo en los artículos 28.1 y 103.3, en relación con el artículo 7, todos ellos de la citada Ley Suprema». También defienden esta postura las SSTS de 19-4-1991 (Ar. 6238) y de 14-2-1992 (Ar. 988), aunque se trata de resoluciones aisladas, pues en la inmensa mayoría de pronunciamientos el Tribunal Supremo acepta las tesis del Tribunal Constitucional, que es, en último término, la opinión que debe aceptarse por su condición de intérprete máximo de la Constitución.

¹¹ Ahora bien, la propia STC 57/1982 no podía desconocer la existencia de pactos entre los representantes de los funcionarios y la Administración en orden a determinar las condiciones de empleo, pero considera que la actuación de la representación funcional en la elaboración de ese tipo de acuerdos se producía a efectos meramente de consulta o información, negando incluso el carácter vinculante de esos pactos al no constituir una auténtica negociación colectiva.

Esa norma de reconocimiento se hizo esperar hasta la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre Órganos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, reformada por la Ley 7/1990, de 19 de julio. Esa Ley 9/1987 es la norma de referencia, y, desde su promulgación, las Administraciones Públicas pueden alcanzar y aprobar acuerdos con los representantes sindicales de sus funcionarios, pero siempre dentro del marco de la misma y de las materias en las que goza de competencia cada Administración Pública.

De este modo, se plantea un problema de transitoriedad, en la medida en que puede ocurrir que un convenio colectivo posterior a la Ley de 12 de junio de 1987 acepte y reproduzca todas o parte de las cláusulas o artículos contenidos en un acuerdo anterior a esa norma. En estos casos, no cabe duda que el acuerdo previo a la ley es nulo, pues carece de sustento normativo, mientras que el acuerdo posterior tiene la cobertura de la citada Ley 9/1987, con lo que sería válido, sin perjuicio del vicio de nulidad en que pudiesen incurrir determinados preceptos del mismo por ser contrarios al estatuto legal e imperativo de los funcionarios.

Así pues, desde la promulgación de la Ley 9/1987 las Administraciones Públicas gozan de competencia sustantiva, por el cauce procedimental de la negociación que se fija en los artículos 30 y ss. de la susodicha ley, para alcanzar y aprobar acuerdos con los representantes sindicales de sus funcionarios en los términos de esa norma, lo que excluye la existencia del fraude de ley siempre que la Administración actúe dentro de su ámbito competencial.

Como consecuencia, el convenio posterior a la Ley de 1987 sería válido si se sujeta a los trámites por ella dispuestos, con independencia de que un convenio anterior de idéntico contenido hubiese sido anulado, porque esa nulidad no deriva de la ilegalidad o lesividad del contenido, sino de la ausencia de norma habilitante para suscribir un pacto colectivo. Tras la aprobación de la consiguiente cobertura legal, la discusión radicará en el ajuste a Derecho de las concretas previsiones del acuerdo alcanzado, que podrá ser total o parcialmente nulo cuando se extralimite, lo que sucedería si regulase materias que no estén atribuidas a la autonomía negociadora de la Administración Pública correspondiente ¹².

III. SU RELACIÓN CON LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL

La negociación colectiva laboral, en su vertiente de acuerdos de eficacia general, viene contemplada en el Estatuto de los Trabajadores. Al margen de la regulación en leyes diferentes, la falta de respaldo constitucional de la negociación colectiva funcional trae consigo una consecuencia

¹² Como sucede con las licencias o permisos, la selección de personal o el régimen de ejercicio del derecho de sindicación, acción sindical, representación, participación, reunión y negociación colectiva de los empleados públicos forales, materias en las que, tal y como afirma la STS de 10-2-1997 (Ar. 1409) al analizar la impugnación del IX ARCEPAFE (Acuerdo Regulador de las Condiciones de Empleo del Personal al Servicio de la Administración Foral de Euskadi), posterior a la Ley 9/1987, y sus relaciones con el VIII, de fecha anterior a esa norma, carece de competencia la Administración Local, lo que impide su inclusión en los acuerdos a los que llegue con sus funcionarios.

de gran relevancia, y que distancia este sistema del aplicable al ámbito laboral: la imposibilidad de negociación colectiva al margen de la Ley 9/1987 y sus reformas. Mientras que es factible la coexistencia de los convenios estatutarios con otros productos negociales amparados en el artículo 37.1 de la Constitución Española, no lo es entre acuerdos surgidos de la Ley 9/1987 y al margen de la misma ¹³, pues estos últimos carecen de cobertura tanto constitucional como legal, lo que los convierte en nulos de pleno Derecho ¹⁴. Esta conclusión varía radicalmente si se admite que el artículo 28.1 de la Constitución Española, o cualquier otro precepto constitucional, reconoce efectivamente el derecho cuestionado, pues entonces sí serían perfectamente lícitos los acuerdos «extra-Ley 9/1987».

Como es bien sabido, en las Administraciones Públicas conviven funcionarios públicos y personal laboral, con un régimen negocial claramente diferenciado, aunque en múltiples ocasiones se ha pretendido incluir a ambos colectivos en un mismo instrumento. Con anterioridad a la Ley 9/1987 la nulidad del acuerdo así alcanzado era manifiesta, pues la inclusión de personal funcionario viciaba de por sí un convenio al no tener reconocido el derecho a la negociación colectiva; y el convenio suscrito era nulo no parcialmente, es decir, válido para los trabajadores, sino en su totalidad, porque no es posible «escindir la unidad del convenio» ¹⁵.

Pero la situación cambia radicalmente tras la entrada en vigor de la reiterada Ley 9/1987 y el consiguiente reconocimiento de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Si ambos colectivos gozan de ese derecho, puede parecer más justificada su integración en la misma norma paccionada. No obstante, la STS de 22-10-1993 (Ar. 7544) procede a desglosar las diferencias fundamentales de ambos regímenes ¹⁶, llegando a la conclusión que la trascendencia de las contradic-

¹³ Vid. R. ROQUETA BUI, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 249-250.

¹⁴ Estos acuerdos carecen de cualquier eficacia normativa y, como es lógico, de la posibilidad de excluir la aplicación de una norma reglamentaria en virtud del principio de legalidad al que ha de someterse la actuación administrativa (arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución Española), como ratifican las SSTS de 19-4, 23-9 y 28-10-1991 (Ar. 6238, Ar. 6474 y Ar. 7749). Curiosa, cuanto menos, es la STS de 22-10-1993 (Ar. 7856), que califica como extraestatutario, y por tanto con eficacia limitada a sus firmantes, un convenio colectivo aplicable tanto a funcionarios de carrera como al personal estatutario, al personal interino y a los contratados indefinidos en régimen de Derecho laboral. Además de ignorar que no caben acuerdos «extraestatutarios» en el ámbito de la función pública, olvida, como a continuación veremos, la prohibición de suscribir convenios mixtos.

¹⁵ Vid. SSTS de 27-1-1987 (Ar. 2002) y de 17 y 22-3-1993 (Ar. 2074 y Ar. 2116).

¹⁶ Las premisas que basan el razonamiento del Tribunal Supremo son las siguientes:

- a) La estructura orgánica representativa integrada en la Mesa de Negociación, a que se refiere el artículo 31.2 de la Ley 9/1987, no es coincidente con la prevista para la Comisión Negociadora en el artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores.
- b) El grado de autonomía de la negociación colectiva de los funcionarios, resultante de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987, es manifiestamente más limitado que el reconocido a los trabajadores en el artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores.
- c) La situación de supremacía de una de las partes, reflejada en el artículo 35 de la Ley 9/1987 -al requerir la validez y eficacia de los Pactos y Acuerdos negociados la aprobación expresa y formal del Pleno de la Entidad local respectiva-, no tiene correlación en el ámbito laboral ni siquiera cuando el empleador es una Administración Pública, como se demuestra en los artículos 82 y 90.2 del Estatuto de los Trabajadores.

ciones entre ambos impide la celebración de convenios colectivos que comprendan conjuntamente a los funcionarios y al personal laboral ¹⁷, solución que no ha estado exenta de críticas ¹⁸. A pesar de todo, la práctica revela una notable presencia de estos instrumentos mixtos ¹⁹.

En fin, hay que tener en cuenta que los pactos prohibidos son los que establecen condiciones de trabajo conjuntas para ambos colectivos; por ello, la STS de 16-7-1998 (Ar. 7021) permite la celebración de reuniones entre los sindicatos y la Administración en orden a fijar unas líneas futuras, en las que, con carácter meramente programático, pueden establecerse previsiones comunes para funcionarios y personal laboral.

IV. LAS PECULIARIDADES DEL ÓRGANO NEGOCIADOR

El órgano negociador instituido por los artículos 30 y ss. de la Ley 9/1987 no tiene los mismos caracteres que la Comisión negociadora del convenio colectivo estatutario; ésta tiene un período vital limitado, ya que aparece específicamente para negociar y en cada concreto convenio, y se disuelve a la conclusión de las deliberaciones; por el contrario, la Ley 9/1987 regula las llamadas

- d) La misma diferencia de régimen jurídico se observa -en el supuesto de fracaso de la negociación-, entre lo establecido en el artículo 37.2 de la Ley 9/1987 y la regulación que deriva del Título II del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, y la STC 11/1981, de 8 abril.
- e) Por último, mientras que los conflictos que surgen de la negociación colectiva funcional son conocidos por el orden de lo contencioso, es la jurisdicción social quien se ocupa de los litigios laborales.

¹⁷ No obstante, es factible la realización de otro tipo de pactos, que no son convenios colectivos, en los que se regulen unitariamente aspectos comunes a los funcionarios y al personal laboral, situación que se da en la STS de 24-1-1995 (Ar. 1523) en relación al Acuerdo Regulador de las condiciones de trabajo para el período 1992/1996 del Servicio Vasco de Salud, aprobado por Decreto 207/1992, de 21 de julio, aplicable a ambos colectivos. Respecto a su naturaleza jurídica, según las SSTs de 17 y 22-3 y 22-10-1993 (Ar. 2074, Ar. 2116 y Ar. 7544) y 30-6-1994 (Ar. 5203) son acuerdos específicos de la función pública, acogidos al régimen de la Ley 9/1987, modificada como se ha dicho por la Ley 7/1990, con un contenido mixto, pues recoge disposiciones relativas tanto a funcionarios como a personal laboral, lo que impide considerarlos como un instrumento normativo propio del Derecho del Trabajo. Además, desde el punto de vista procesal plantean la cuestión del orden jurisdiccional competente, porque, como señala la STS de 29-4-1996 (Ar. 4137), es básico dilucidar con carácter previo qué aspectos son laborales (condiciones de trabajo de los trabajadores, tutela de la libertad sindical), y por ello competencia del orden jurisdiccional social, y cuáles, por el contrario, son competencia del orden contencioso-administrativo (por referirse a condiciones de trabajo de los funcionarios, o por haberse seguido en la formación del acuerdo las previsiones de las Leyes 9/1987 ó 7/1990). A mi juicio, es ésta una excepción que se fundamenta no en criterios jurídicos, sino más bien de efectividad práctica, pues, sobre todo en materia de personal sanitario, han proliferado estos pactos mixtos, con lo que declarar su nulidad supondría crear un vacío regulador de proporciones considerables. Así, a pesar de que no existe ningún argumento jurídico decisivo que permita separar este tipo de instrumentos de la general prohibición de convenios mixtos para personal funcionario y laboral, el Tribunal Supremo es muy flexible cuando considera que su anulación puede causar más perjuicio que beneficio.

¹⁸ J.M. LÓPEZ GÓMEZ, *El régimen jurídico del personal laboral de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 427-431, considera que la legislación actual sí permitiría convenios mixtos, aunque con eficacia limitada a los afiliados a las organizaciones sindicales pactantes.

¹⁹ Vid. A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1998, págs. 401-403.

Mesas de Negociación, que no se crean *ad hoc*, sino que son órganos estables que preexisten y subsisten a cada concreta negociación. El número de esas Mesas está predeterminado legalmente en el artículo 31, que prescribe la creación de una Mesa General de Negociación en el ámbito de la Administración del Estado, así como en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales; además, también deben constituirse Mesas Sectoriales de Negociación en los sectores específicos que establece a continuación ese precepto²⁰.

La legitimación para negociar corresponde, por parte de la Administración Pública, a sus representantes; por el lado funcional hay que distinguir entre las Mesas Generales (del Estado, CC.AA. o Ente Local respectivo), en las que estarán presentes las organizaciones sindicales más representativas a nivel estatal y de CC.AA.²¹, así como los sindicatos que hayan obtenido el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal²², y las Mesas Sectoriales, en las que, además de estas Organizaciones, que estarán en todo caso, también tendrán presencia los sindicatos que hayan obtenido en el correspondiente sector el 10 por 100 o más de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal (art. 31.2)²³. Para configurar la mayor representatividad, el artículo 30 remite a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, en particular a los artículos 6.3 c), en relación con el 7.1 y 7.2, lo que provoca la irrupción también en este campo de la controvertida legitimación por «irradiación»²⁴.

²⁰ Esta distribución territorial de Mesas de Negociación supone para la jurisprudencia que cada Mesa, constituida en la forma legalmente establecida, tiene atribuida la negociación en su ámbito, sin que tenga acomodo en ella, por ejemplo, «la proyección directa al ámbito de una Entidad Local de las condiciones de empleo concertadas desde un mecanismo de negociación diferente, con ambición de extensión a toda la Administración Foral»; *cfr.* STS de 3-7-1995 (Ar. 5499).

²¹ Esta atribución de legitimación a los sindicatos más representativos de CC.AA. muestra un innegable paralelismo con el artículo 87.4 del Estatuto de los Trabajadores, como pone de manifiesto J. GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1989, pág. 188.

²² Porcentaje que ha de acreditarse «en el conjunto de la función pública estatal, pues, al tratarse de una mesa general de negociación, ha de entenderse que la representatividad se refiere a todo ese ámbito»; *cfr.* J. GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública», en AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1989, pág. 188.

²³ Evidentemente, el carácter estable de estas Mesas de Negociación presupone su duración indeterminada, aunque no su composición inalterable, máxime cuando han de estar presentes las organizaciones sindicales con una determinada audiencia electoral, que por definición es variable. Por ello, cada proceso electoral provocará una modificación en la composición de las Mesas de Negociación en los términos derivados de los resultados, pero nada parece enturbiar la traslación a este campo de la doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que defiende la preservación de la estabilidad en la composición de la Comisión negociadora durante el transcurso del procedimiento de elaboración del acuerdo, con independencia de los cambios de representatividad, debiendo medirse ésta en el momento de iniciarse la negociación, pues la Mesa preexiste y subsiste a la misma; *vid* SSTs de 13-7 y dos de 23-11-1993 (Ar. 5673, Ar. 8932 y Ar. 8933), de 9-3-1994 (Ar. 2218), de 20-6 y 18-12-1995 (Ar. 5208 y Ar. 9308), de 7-6-1996 (Ar. 5000) y 7-7-1997 (Ar. 6251).

²⁴ Cuyas consecuencias en este sector pueden provocar graves disfunciones, porque se admite que un sindicato goce de legitimación aunque sea irradiado no por un sindicato más representativo sino por uno de los que hayan obtenido al menos el 10 por 100 de los representantes en las elecciones para Delegados y Juntas de Personal, como refleja J. GARCÍA MURCIA, «Libertad sindical y representatividad de los sindicatos en la función pública», AA.VV., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla, 1989, pág. 188.

Como diferencia más importante con el Estatuto de los Trabajadores, no se establece un requisito de válida constitución de la Mesa de Negociación, al estilo del artículo 88.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁵, de modo que estará válidamente formada si no se excluye a ningún sindicato con derecho a participar en ella, con independencia del número de representantes unitarios que los sindicatos integrantes, en su conjunto, ostenten.

Nada dice la ley sobre el número de componentes que formarán la Mesa de Negociación, ni sobre la forma de efectuar el reparto de puestos en el seno de la misma. En relación a la primera cuestión, habrán de ser las partes, en buena lógica, las que decidan libremente ese aspecto cuantitativo. En cuanto a la segunda, la ley establece unos criterios de legitimación cuya obtención otorga el derecho a las organizaciones sindicales a integrar la Mesa de Negociación, y, a salvo de la desafortunada diferenciación del artículo 33 que posteriormente veremos, las condiciones en las que acceden a la negociación todos los sindicatos que superen los requisitos deben ser respetuosas con el principio de igualdad, por lo que la diferente presencia en la Mesa de Negociación habrá de justificarse a partir de parámetros objetivos, razonables y proporcionados; y sin duda se respeta ese principio de igualdad y no discriminación si el peso de cada sindicato en la mesa es proporcional a la audiencia electoral obtenida. Este respeto a la representatividad puede manifestarse de dos formas, bien a través de la composición proporcional y el voto personal, bien a través de una distribución de vocalías igual para cada sindicato pero reflejando la representatividad en el montante de votos atribuido a cada uno de ellos, es decir, el voto proporcional²⁶.

V. EL ALCANCE DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD SINDICAL

La jurisprudencia ha declarado que el derecho de negociación colectiva regulado en las Leyes 9/1987 y 7/1990 se deposita en órganos estables de creación legal, como son las Mesas de Negociación, sin que por tanto se atribuya de modo directo a los sindicatos, que carecen de una legitimación propia para la negociación, siendo sólo la Mesa correspondiente la que puede reclamar ésta, o la que, en su caso, puede reclamar si se omite²⁷. La posición de los sindicatos debe limitarse a solicitar su participación en la Mesa, pero las eventualidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de la actuación de ese órgano de creación legal, y no propiamente en el ámbito de la libertad sindical.

²⁵ Ausencia de regulación que para P. GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, págs. 296 y 299, es «coherente con el modelo de negociación pública que para los funcionarios públicos se ha diseñado», porque «la Ley lo que quiere es que estén todos los legitimados».

²⁶ Defendiendo esta solución, R. ROQUETA BUI, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, 1996, págs. 238-244.

²⁷ Para las SSTs de 14-7-1994, 4-10 y 3-11-1994 (Ar. 6017, Ar. 7846 y Ar. 10190) y de 19-5-1995 (Ar. 4277), no puede atribuirse ese derecho a los sindicatos ni siquiera por una vía indirecta, como considerar dentro del contenido adicional de la libertad sindical el derecho a la negociación colectiva funcional reconocido por la Ley 9/1987, porque la titularidad del derecho a negociar la ostentan solamente las Mesas de Negociación.

Sin duda, estas afirmaciones merecen una reflexión. No es cuestionable, como dice la STS de 19-5-1995 (Ar. 4277), que la articulación del derecho a la negociación colectiva en la Ley 9/1987 se realiza a través de las Mesas de Negociación, de modo que los sindicatos no pueden proceder a suscribir Acuerdos o Pactos con la Administración ignorando a las Mesas. Pero el que los sindicatos deban ejercitar su derecho a través de las Mesas de Negociación no significa, como defiende esa misma sentencia siguiendo los postulados de la STS de 14-7-1994 (Ar. 6017), que «lo concerniente a la dinámica del ejercicio de ese derecho o sus vulneraciones no es un problema que afecte al derecho fundamental de libertad sindical, sino materia de pura legalidad ordinaria, de donde no puede existir vulneración de ese derecho fundamental por las hipotéticas infracciones de la normativa rectora del de negociación colectiva en la Administración Pública».

Por consiguiente, el Tribunal Supremo admite, como es obvio, que vulnera la libertad sindical, haciendo nulos los pactos a los que se lleguen, la exclusión de un sindicato legitimado de la Mesa de Negociación. Antes bien, una vez constatada la presencia del concreto sindicato en la Mesa de Negociación, no puede producirse vulneración de la libertad sindical, sino únicamente de la Ley 9/1987, porque los avatares de la negociación, en su opinión, son ajenos al derecho de libertad sindical, que no incluye la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

No obstante, el problema está hoy día en un plano innegable de constitucionalidad. Comparto que el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos no se deriva de la Constitución Española, pues el artículo 37.1 atribuye únicamente ese derecho a los trabajadores asalariados y el artículo 28.1 debe interpretarse, por un puro criterio sistemático, a la luz del artículo 37.1 y de la normativa infraconstitucional que eventualmente extienda ese derecho ²⁸.

Por ende, cuando los artículos 2.2 d) y 8.2 b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical disponen que los sindicatos, también en el ámbito de la Administración Pública, tienen derecho «a la negociación colectiva, en los términos establecidos en su legislación específica», parece necesario que exista esa legislación, a pesar de opiniones en contra ²⁹, porque de lo contrario sería un derecho sin posibilidad de ejercicio por causa de su no inclusión en el artículo 37.1 de la Constitución Española.

Así pues, la Ley Orgánica de Libertad Sindical reconoce genéricamente la posibilidad de que los funcionarios públicos gocen del derecho a la negociación colectiva, pero no lo atribuye directamente, sino que se limita a otorgar protección a un derecho que ha de ser reconocido por otra vía.

²⁸ El hecho de que la negociación colectiva esté incluida en el derecho fundamental de libertad sindical no significa otra cosa que el artículo 37.1 de la Constitución Española se subsume en el 28.1, de forma que si el artículo 37 no reconoce *per se* el derecho a negociar colectivamente de los funcionarios públicos, tampoco lo hará, lógicamente, el artículo 28.1, cuya virtualidad consiste en elevar la protección de la negociación colectiva de los entes sindicales a las cotas propias de un derecho fundamental.

²⁹ Para S. DEL REY GUANTER y M. LUQUE PARRA, «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Relaciones Laborales*, n.º 4, febrero 1997, pág. 17, esta remisión a la legislación específica no parece que esté dando lugar a que dicha legislación simple y llanamente ignore el derecho, de lo que deducen que el artículo 28.1 de la Constitución Española siempre ha amparado la negociación colectiva de los funcionarios públicos.

Es, o debería ser, una clara manifestación del contenido adicional de la libertad sindical, que exige el previo reconocimiento legal del derecho con anterioridad a su protección por medio del artículo 28.1 de la Constitución Española.

Hay que entender que a partir de la promulgación de la Ley 9/1987, y no antes, la libertad sindical comprende la negociación colectiva de los funcionarios públicos, porque ya hay legislación específica que concede explícitamente ese derecho, y, por tanto, es menester su protección. Y ese derecho está atribuido en la Ley 9/1987 a los sindicatos, no a las Mesas de Negociación, porque, de lo contrario, y con el mismo argumento, la negociación colectiva estatutaria sería un derecho de la Comisión negociadora, ya que la situación, *mutatis mutandis*, es equiparable en este punto ³⁰.

En consecuencia, no sólo excluir a un sindicato legitimado de la Mesa de Negociación debe vulnerar la libertad sindical, sino cualquier otra conducta negociadora que contraría lo dispuesto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, so pena de vaciar de contenido su artículo 8.2 b), y con ello, el derecho de acción sindical, y en definitiva, la libertad sindical ³¹. De lo contrario, no lesionaría la libertad sindical el que los sindicatos mayoritarios decidiesen reducir la presencia de los menos representativos si el voto es personal, o el montante de votos que les corresponde si es proporcional, debido a que son avatares de la negociación y ninguno de los sindicatos se ha visto excluido de la Mesa ³².

³⁰ Así lo han puesto de manifiesto S. DEL REY GUANTER y M. LUQUE PARRA, «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», en *Relaciones Laborales*, n.º 4, febrero 1997, pág. 17, al considerar que el esquema es el mismo que el establecido por el Título III del Estatuto de los Trabajadores para la formación y funcionamiento de la Comisión negociadora, y que, por ello, no se entiende la razón que permite a los sindicatos ostentar por sí mismos el derecho a la negociación colectiva laboral y no ocurre lo mismo con la negociación colectiva funcional. Para ellos, posición a la que me adhiero, «considerar que la titularidad del derecho de negociación colectiva pertenece a las Mesas negociadoras equivaldría a decir, en el ámbito laboral, que tal derecho les es reconocido a las Comisiones negociadoras por el hecho de ser las que efectivamente negocian. Lo cual es a todas luces inadecuado, en tanto que tales comisiones, al igual que las mesas negociadoras, son órganos mixtos sin personalidad jurídica que no pueden poseer una pretendida cotitularidad de un derecho como el de negociación colectiva».

³¹ Vid. R. MANZANA LAGUARDA, «Los funcionarios públicos y la negociación colectiva de sus condiciones de trabajo», en AA.VV., *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 328, para quien «cabría plantearse si el legislador puede privar al funcionario del derecho a la negociación colectiva, pero lo que es claro es que en ningún caso podría hacerlo la Administración, pues tal derecho una vez configurado legalmente se integra en el de libertad sindical».

³² La STS de 8-7-1996 (Ar. 5781) afirma, con base en reiterada jurisprudencia constitucional, que «puede incluirse dentro del contenido del derecho de libertad sindical, protegible en la vía de amparo, la protección de la legitimación legalmente reconocida a un sindicato para negociar un convenio colectivo». De este modo, impedir o negar a un sindicato legalmente legitimado para ello negociar un convenio colectivo, aunque nos encontremos en el ámbito de la función pública, lesiona el derecho constitucional de libertad sindical, pues «dicha exclusión supone privar al sindicato de su función de participar en la negociación de las condiciones de trabajo, y, en consecuencia, de una de sus funciones esenciales, en un sistema de negociación colectiva de eficacia general, en el que tal denegación, supone, en la práctica, quitarle su función básica reduciendo su actividad». Anteriormente, también la STS de 31-1-1991 (Ar. 486) se expresa en términos parecidos, si bien es verdad que no en sus propias palabras sino reproduciendo, y aceptando íntegramente, los fundamentos de Derecho de la sentencia apelada. En ambas se declara la transgresión del derecho fundamental de libertad sindical por la exclusión de la Comisión paritaria de un sindicato no firmante de un Acuerdo. Para el Tribunal Supremo esa Comisión tenía competencias de negociación y no de simple administración; por tanto, tienen derecho a participar en ella todos los sujetos legitimados, con independencia de que hayan firmado o no el Acuerdo. Como señala el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia apelada, pese a que la doctrina acerca de la diferente composición de la Comisión nego-

En definitiva, actualmente no hay razón para considerar que el derecho fundamental de libertad sindical opera de manera diferenciada en el ámbito laboral y funcionarial, pues la participación de los sindicatos es similar en ambos, y así debe serlo también la defensa contra las injerencias en sus legítimos intereses. Fuera de las reticencias históricas a aceptar la equiparación de personal laboral y funcionario, pocos argumentos contundentes pueden aportarse para defender una separación de tamañas dimensiones en la protección de su participación, sobre todo si se considera, como a mi entender debe hacerse, que la negociación colectiva de los funcionarios públicos está incluida en el contenido adicional de la libertad sindical³³.

Abundando en las vulneraciones de la libertad sindical, el Tribunal Supremo³⁴ ha considerado contrario a la misma el «que se sustraiga a la Mesa General y, por tanto, a sus legítimos componentes, el debate de las materias que le son propias, mediante una puntual y oficial negociación de las mismas con alguno o algunos de los sindicatos representados en la misma, aprobando oficialmente un acuerdo obtenido mediante unas negociaciones en las que uno, al menos, de los sindicatos de la Mesa había sido eludido».

Con ello se intenta evitar que los sindicatos que reúnan la mayoría en la Mesa de Negociación acuerden con la Administración las condiciones de trabajo al margen de aquella, presentando posteriormente lo acordado como una mera propuesta, cuando, en realidad, será el acuerdo definitivo pues esos sindicatos votarán a favor del mismo. Es obvio que esta clase de conductas supone un fraude a la finalidad de pluralismo que debe manifestarse en la negociación colectiva, privando en la práctica del legítimo derecho a negociar que corresponde a los sindicatos que forman parte de la Mesa pero que no fueron convocados a las reuniones previas. No obstante, como se desprende de la STS de 16-7-1998 (Ar. 7021)³⁵, es factible que la Administración y los sindicatos lleguen a acuerdos programáticos, que, al no constituir negociación colectiva, no vulneran la libertad sindical de quien no es convocado.

ciadora y la paritaria «se refiere al ámbito negociador de la empresa, es perfectamente trasladable al supuesto que nos ocupa», y que no es otro que la negociación colectiva funcionarial. Pero son resoluciones excepcionales que no pueden elevarse a regla general, pues en la mayoría de ocasiones el Tribunal Supremo se ha pronunciado en sentido contrario.

33 Claro está, la diferencia existe, ya que la negociación colectiva laboral se incluye en el contenido esencial de libertad sindical (STC 51/1988, 22 de marzo), mientras que la funcionarial se limitaría a formar parte de su contenido adicional. Pero las consecuencias son únicamente las propias de la falta de reconocimiento de esa negociación colectiva de los funcionarios en sede constitucional, es decir, la disponibilidad del legislador sobre su atribución, pero, en tanto en cuanto sea reconocido, su protección debe ser idéntica, de forma que la violación del legítimo derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en el seno de las Administraciones Públicas debe considerarse como atentado al derecho fundamental de libertad sindical.

34 *Vid.* SSTS de 25-5-1993 (Ar. 5038), de 18-10-1995 (Ar. 7566) y de 9-2-1998 (Ar. 2110).

35 Si bien es verdad que referida a un sindicato de trabajadores que reclamaba contra su no inclusión en la negociación de un acuerdo conjunto para personal funcionario y laboral.

VI. EL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

Abordando ya el proceso negociador, el artículo 31.3 de la Ley 9/1987 obliga a las Mesas a reunirse, al menos, una vez al año, pero admite que puedan tener lugar otros encuentros sea por decisión de la Administración Pública correspondiente, sea por acuerdo entre ésta y las Organizaciones sindicales presentes en la Mesa, sea por solicitud de todas las organizaciones presentes en la respectiva Mesa.

A tenor del artículo 33 el proceso de negociación se abrirá, con carácter anual, en la fecha y sobre las materias que de común acuerdo fijen el órgano de gobierno de la Administración Pública correspondiente y los sindicatos más representativos, lo que supone la exclusión de los sindicatos suficientemente representativos, y, aunque estarán necesariamente en la negociación, el perjuicio parece grave al constatar que quedan excluidos de la delimitación de las materias que serán objeto de debate ³⁶.

Quizá pueda salvarse esta deficiencia mediante la buena fe que debe presidir la negociación, que, aunque no mencionada expresamente en la Ley 9/1987, ha de entenderse inherente a toda negociación ³⁷, pues las materias sobre las que inicialmente las partes decidan negociar no han de suponer un *numerus clausus* infranqueable, sino que pueden ser ampliadas en el transcurso de las conversaciones, habiendo de motivarse el rechazo a la negociación de una materia que se proponga en esos momentos, sobremanera si está incluida en el artículo 32 y es competencia de la Administración Pública negociante.

En cualquier caso, la negociación debe necesariamente producirse, esto es, existe un deber de negociar, como demuestra el artículo 34.1 *a sensu contrario* («quedan excluidas de la obligatoriedad de negociación») ³⁸. Precisamente este artículo establece las excepciones a ese deber de negociar, las causas que justifican la negativa, que no son otras que proponer la negociación sobre «las

³⁶ En palabras de R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, «El nuevo marco de la negociación colectiva de los funcionarios públicos. Novedades en materia de elecciones a órganos de representación unitaria», en *Relaciones Laborales*, n.º 19, octubre 1990, págs. 97-98, es una «opción que no me parece admisible ni defendible jurídicamente, pues supone un importante recorte en el ejercicio de la negociación por tales sindicatos», e intenta salvar la dificultad, no ya en la fijación de la fecha de inicio de la negociación por la claridad en la redacción legal, sino en cuanto a la relación de materias a tratar mediante una interpretación de la expresión «ambas partes» en sentido amplio, de forma que se incluyan también los sindicatos suficientemente representativos. Para S. DEL REY GUANTER, «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública», en *Relaciones Laborales*, n.º 11, junio 1991, pág. 15, resulta «difícil encontrar una justificación que base la limitación del derecho de negociación colectiva de los sindicatos con suficiente implantación en la Función Pública, lo que significaría, caso de no encontrarse tal justificación, que estaríamos ante una limitación innecesaria de un componente básico de la libertad sindical según el artículo 2.2 d) Ley Orgánica de Libertad Sindical y, por ende, ante una afectación negativa del artículo 28.1».

³⁷ Vid. R. ROQUETA BUI, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 338 y ss.

³⁸ Vid. T. SALA FRANCO e I. ALBIOL MONTESINOS, *Derecho Sindical*, Cuarta Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 612.

decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativos».

Las deliberaciones se desarrollarán mediante el juego típico de propuestas y contrapropuestas, teniendo en cuenta que los representantes de la Administración, en virtud del artículo 37.1 de la Ley 9/1987, deben atenerse necesariamente en la negociación a las instrucciones emanadas del Gobierno, de los Consejos de Gobierno de las CC.AA. o del órgano correspondiente de las Entidades Locales. En caso de conflicto, el artículo 38 prevé expresamente el nombramiento de un mediador, que las partes designarán de mutuo acuerdo. La ley remite a la norma reglamentaria para la determinación del concreto procedimiento mediador, aunque prescribe que las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato ³⁹.

En relación a la aprobación, no se establece un *quórum* determinado, por lo que, a falta de previsión específica, debe imperar la mayoría simple en el caso de la representación laboral, mientras que habrá de estarse a la normativa correspondiente para la formación de la voluntad de los órganos colegiados por el lado de la Administración (arts. 129 y ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958) ⁴⁰.

En defecto de determinación convencional de las condiciones de trabajo será el órgano de gobierno de la respectiva Administración Pública quien ostente esa competencia, a tenor del artículo 37.2 ⁴¹. Parece lógico, por tanto, exigir celosamente a la Administración el deber de buena fe en la negociación, pues si tiene competencia subsidiaria para establecer unilateralmente esas condiciones laborales podría no estar excesivamente interesada en la consecución del acuerdo ⁴².

³⁹ Una valoración crítica de esta regulación en S. DEL REY GUANTER, «La nueva regulación de la negociación colectiva y de la solución de los conflictos colectivos en la función pública», en *Relaciones Laborales*, n.º 11, junio 1991, págs. 16-19.

⁴⁰ A favor, R. ROQUETA BUJ, *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 346 y ss. En contra, exigiendo mayoría absoluta para la aprobación del acuerdo por parte funcional con el fin de no desvirtuar su eficacia general, C. CARRERA ORTIZ, «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», en *REDT*, n.º 38, abril/junio 1989, págs. 273-275; una posición bien diferente muestra P. GÓMEZ CABALLERO, *Los derechos colectivos de los funcionarios*, CES, Madrid, 1994, pág. 300, quien considera suficiente para que el Acuerdo o Pacto se apruebe, con eficacia general se entiende, que sea suscrito por una sola de las organizaciones presentes en la Mesa, porque «la introducción de un criterio de mayoría para la formación de la voluntad de las organizaciones sindicales puede aumentar las posibilidades de no llegar a un acuerdo, en cuyo caso se incrementaría correlativamente la posibilidad de determinación unilateral de las condiciones de trabajo». Parece una concepción demasiado extrema permitir que un sindicato que alcanza escasamente el 10 por 100 de representatividad pueda aprobar un convenio de eficacia *erga omnes*, no siendo ni mucho menos traumático exigir un *quórum* que dote de mayor legitimidad al acuerdo.

⁴¹ Según M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, «La negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Ley 9/1987», en *Relaciones Laborales*, n.º 20, octubre 1987, pág. 7, «Parecería un "arbitraje", pero no se ha buscado una decisión por un tercero imparcial y fuera del dominio de las partes; por ello se trata más bien de un límite "unilateral" a la autonomía sindical».

⁴² Como ha señalado A. OJEDA AVILÉS, *Compendio de Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 1998, pág. 399, «en último extremo, la Administración sufrirá fuertes tentaciones de bloquear una negociación poco interesante para ella, sabiendo que recuperará la iniciativa con ese simple hecho; el deber de buena fe, que deberán juzgar los tribunales, es un concepto aún en ciernes aplicado a la negociación colectiva en nuestro país».

VII. EL RESULTADO FINAL DE LA NEGOCIACIÓN: LOS ACUERDOS Y LOS PACTOS

La Ley 9/1987 no denomina convenios colectivos a los productos resultantes, sino que diferencia dos categorías, los Acuerdos y los Pactos. En atención a su artículo 35, los Pactos se celebrarán sobre materias que se correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba y vincularán directamente a las partes, mientras que los Acuerdos versarán sobre materias competencia del Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de CC.AA. u órganos correspondientes de las Entidades Locales; por consiguiente, la validez y eficacia de estos últimos requiere la aprobación expresa y formal de los mencionados órganos en su ámbito respectivo.

En consecuencia, el procedimiento de elaboración de ambos es idéntico, a salvo del aspecto final, por cuanto los Pactos son válidos y eficaces tras su aprobación por la Mesa correspondiente, sin perjuicio de su eventual impugnación judicial, mientras que los Acuerdos requieren un *plus*: la conformidad del órgano que ostenta competencia sobre la materia negociada⁴³.

Ahora bien, el órgano de gobierno competente para la aprobación expresa y formal del Acuerdo está sujeto al régimen especial de control de legalidad que respecto a infracciones del ordenamiento jurídico o extralimitación de competencias se halla establecido en la ley (arts. 65 y 66 Ley 7/1985, de 2 abril, de Bases de Régimen Local). Por ende, salvo el supuesto excepcional que la ley contempla (art. 67 de la Ley de Bases de Régimen Local), el órgano administrativo no puede ejercer las facultades de autotutela con el carácter suspensivo que le autorizaba la legislación preconstitucional, sino que el Acuerdo es perfectamente válido y eficaz hasta tanto un órgano jurisdiccional declare su suspensión cautelar o, eventualmente, su nulidad⁴⁴.

En cuanto a su eficacia, y al igual que un convenio colectivo laboral, tanto los Pactos como los Acuerdos válidamente negociados y aprobados no sólo tienen eficacia general y fuerza vinculante, sino también carácter normativo, con su consiguiente inclusión en el sistema de fuentes y sumisión al principio de jerarquía normativa, caracteres todos ellos que impiden a la Administración inaplicar o modificar el convenio si no se dan los requisitos legales para ello⁴⁵.

⁴³ Esta aprobación expresa y formal «se configura como una *conditio legis* sin la cual el resto carece de valor, una condición necesaria pero no por ello suficiente para que el acuerdo devenga ejecutivo»; *cfr.*, A. OJEDA AVILÉS, «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcional», en AA.VV., *Seminario sobre Relaciones Colectivas en la Función Pública*, IAAP, Sevilla, 1989, pág. 305.

⁴⁴ *Cfr.* STS de 16-11-1994 (Ar. 9254).

⁴⁵ *Vid.* SSTS de 14-2 y 30-5-1992 (Ar. 988 y 4454), 10-3-1994 (Ar. 2280) y 16-11-1995 (Ar. 8791).