

LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMÁTICA

M^a LUISA PÉREZ GUERRERO

Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Huelva*

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: conflicto colectivo, Sector Público, Administraciones Públicas, solución de conflictos

La conflictividad laboral en el Sector Público presenta características especiales precisamente por la convivencia en este sector de dos tipos de trabajadores, los funcionarios públicos y el personal laboral al servicio del mismo. A pesar de que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), desde sus inicios, trató de establecer un régimen jurídico laboral unitario para ambos colectivos de trabajadores, en lo referente a la negociación colectiva y, por ende, la solución de conflictos, separa dichos regímenes, regulando tan sólo lo relativo al personal funcionario y estableciendo, por tanto, la regla de la aplicación de la legislación laboral al personal en régimen laboral.

Sin embargo, los límites que el citado Estatuto impone a los Pactos y Acuerdos adoptados en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios se extienden, por imperativo legal, al resto de los empleados públicos, generando importantes dudas sobre el régimen jurídico aplicable, especialmente, al personal laboral.

ABSTRACT

KEY WORDS: collective conflict, Public Sector, Public administration, conflict solution

Labor conflicts in the Public Sector presents special characteristics precisely because of the coexistence in this sector of two types of workers, civil servants and the labor contract workers. Although the Basic Statute of the Public Employee tried to establish an unitary labor legal regime for both groups of workers, in terms of collective bargaining and, therefore, the solution of conflicts, separates these regimes, regulating only what is related to the civil servant staff and establishing the rule of the application of the labor legislation to the workers in labor regime.

However, the limits that the Statute imposes to the Agreements adopted in the area of the civil servants collective bargaining, by legal imperative, are extended to the rest of the public employees, generating important doubts about the legal regime applicable, especially, to the staff.

*Grupo de investigación PAI SEJ-322. Este trabajo es el resultado científico del proyecto de investigación DER2015-64752-P, “Sostenibilidad y Responsabilidad en el ámbito deportivo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas”.

ÍNDICE

1. PRESENTACIÓN
2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO
3. LA CONFLICTIVIDAD LABORAL Y EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN
 - 3.1. El reconocimiento constitucional del conflicto colectivo y sus medios de solución en el Sector Público
 - 3.2. Régimen jurídico de la solución extrajudicial de conflictos en el sector público: la dualidad de regímenes
 - 3.3. La tipología de los conflictos contemplados en el EBEP (artículo 45.2)
 - 3.4. La organización territorial de los sistemas de solución de conflictos basados en la negociación: la regulación autonómica
4. LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE
 - 4.1. La mediación en los conflictos en el Estatuto Básico del Empleado Público
 - 4.2. El arbitraje como procedimiento voluntario
5. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS Y LAUDOS: LÍMITES Y PROBLEMAS
6. CONCLUSIONES

1. PRESENTACIÓN

Probablemente una de las cuestiones que ha suscitado importantes dudas en el ámbito laboral haya sido la implantación de los medios de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público. La diferente tipología que presenta el personal al servicio del mismo, dividido entre personal funcionario y personal laboral, así como los diferentes regímenes jurídicos a que se encuentran sometidos, hace que sea aún más complejo el establecimiento de procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales.

Partiendo, por tanto, de la peculiaridad del empleador y de los empleados, consideramos interesante analizar el régimen jurídico de la solución de conflictos en el Sector Público, así como clarificar las posibles dudas jurídicas que surgen de la aplicación del mismo.

No podemos negar las ventajas de que proporcionan los medios de solución extrajudicial de conflictos en cuanto a rapidez, flexibilidad, disminución de costes económicos y eficacia, entre otras, por lo que no podemos tampoco obviar su importancia en el ámbito de la conflictividad en el Sector Público. Los conflictos laborales reclaman, en definitiva, la misma solución; la equiparación salarial, la determinación del tiempo de trabajo o de las condiciones de trabajo en general¹ son problemas comunes que requieren un tratamiento semejante. Sin embargo, ni el sistema de negociación ni, por tanto, el de solución de conflictos sigue las mismas reglas. La implantación de sistemas de solución extrajudicial de conflic-

¹ Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., “Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo”, en *Temas Laborales*, nº 135, 2016, pág. 113.

tos tiene que superar, como veremos, importantes obstáculos jurídicos para poder llegar al nivel de los sistemas en el sector privado.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO

Al tratarse de un concepto importado del ordenamiento administrativo sin que exista norma alguna en el ordenamiento laboral que defina qué hemos de entender por Sector Público, consideramos relevante comenzar por definir su ámbito subjetivo de aplicación en relación con las personas que prestan servicios en el mismo, para poder delimitar el objeto de nuestro estudio².

El texto de referencia para determinar el régimen jurídico de las personas que prestan servicios en la Administración Pública ha de ser el Estatuto Básico del Empleado Público³ (EBEP en adelante), sin embargo, nada dice este Real Decreto Legislativo de qué hayamos de entender por Sector Público, limitándose a indicar qué tipo de trabajadores encontraremos en el mismo.

No obstante, esta norma, fue alabada por la mayoría de la doctrina, desde su aprobación en 2007⁴, precisamente por su carácter universalista, es decir, por incluir la voluntad del legislador de establecer unas reglas comunes para todos los empleados públicos, independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo que le uniera a la Administración o a cualquiera de los entes y entidades que conforman el Sector Público⁵. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es funcionarial, reconoce la dimensión que ha adquirido la contratación de naturaleza laboral en el ámbito de

²Vid. el interesante estudio de delimitación de este concepto, desde la perspectiva del proceso de reestructuración del mismo, vivido en los últimos años, en De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo en el Sector Público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2012, págs. 47 y ss.

³Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁴El Estatuto Básico del Empleado Público fue aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 103.3.

⁵Así lo ponen de manifiesto, entre otros Cantero Martínez, J., “Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”, en el libro colectivo *Estatuto Básico del Empleado Público*, Ortega Álvarez (Dir.), La Ley, 2007, p. 45, para quien el EBEP tiene una vocación de “aplicación global”, “se trata de que estas mínimas reglas comunes sean aplicables, en principio, a todo el personal que preste sus servicios ya no sólo en la Administración, sino en la totalidad de lo que se denomina sector público”. Vid. también Sánchez Morón, M., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, 2008 (2ª edición), pág. 45, Palomar Olmeda, A., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), Aranzadi, 2008, pág. 22.

las Administraciones Públicas, para determinadas tareas, y la integra en su articulado⁶, tratando de establecer un régimen jurídico único y homogéneo, al menos en lo que se refiere a los principios de actuación y en los derechos y deberes de los mismos⁷.

Así, el artículo primero de esta norma establece que el EBEP será de aplicación a los “funcionarios públicos” incluidos en su ámbito de aplicación, aunque también aclara que “tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas”. Acuña para ello el término empleado público, donde incluye ambos tipos de relaciones jurídicas, funcional y laboral⁸.

Es pues su ámbito de aplicación, tal como indica el artículo segundo, tanto el personal funcionario como el laboral, “en lo que proceda”, al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

- a) Administración General del Estado.
- b) Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) Las Administraciones de las entidades locales.
- d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.
- e) Las Universidades Públicas.

⁶De nuevo Palomar Olmeda, A., op. cit. pág. 23. Vid. también la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, conforme a la cual la norma “reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas”.

⁷Recordemos, como lo hace Sánchez Morón, op. cit. pág. 47, que no era la intención del legislador “diluir la relación estatutaria y la relación laboral de empleo público en un régimen único, sino que el Estatuto Básico incluyera unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público y unos mismos derechos y deberes básicos asimismo comunes, sin perjuicio de las normas específicas aplicables al personal funcionarios o al personal laboral que, justificadamente proceda mantener”.

⁸Resulta interesante recoger las palabras de Sánchez Morón, M., op. cit. págs. 46 y 47, cuando, refiriéndose al Informe de la Comisión de expertos, señala que “tanto los funcionarios como el personal contratado por las Administraciones Públicas forman parte del empleo público y la naturaleza de este comporta exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado, sea porque la Administración no es una empleadora semejante a un empresario privado, porque la función de todo aquel personal es, en último extremo, de servicio a los intereses generales o porque todos ellos son retribuidos con fondos públicos... no implica privar de su condición de funcionario a nadie que la tenga adquirida ni significa tampoco convertir en funcionario por ministerio de la ley a quienes no lo son”.

E incluye una referencia al personal investigador y al personal docente y estatutario de los Servicios de Salud, siendo para éstos últimos, de aplicación además la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas, en algunos aspectos. Concluyendo, finalmente, que será de aplicación supletoria a todo el personal de las Administraciones Públicas que no se incluya en su ámbito de aplicación.

Esa referencia a “en lo que proceda”, respecto del personal laboral, se concreta aún más en su artículo 7º, que reconoce que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan⁹. De este modo, el EBEP reconoce la existencia de lo que algunos han venido a denominar “proceso de laboralización del empleo público”¹⁰ o, si se quiere, más concretamente, “huida del derecho administrativo”, aceptando que hay materias donde las diferencias entre ambos empleados públicos no son tales y puede establecerse un régimen jurídico homogéneo, que evite la “rigidez” de las normas que rigen la función pública¹¹.

Así, encontraremos en el EBEP normas que serán de aplicación a todos los empleados públicos, otras que lo sean en exclusiva a los funcionarios públicos y, por último, establecerá normas de exclusiva aplicación al personal laboral¹². E incluso, en ocasiones, remite sin más a la regulación del Estatuto de los Tra-

⁹ Es preciso aclarar que la redacción inicial no incluía esa referencia a “en lo que proceda”, siendo introducida por una enmienda del Grupo Popular en el Congreso, como tampoco lo era el orden de prelación que aparece en la actualidad. La redacción inicial era “El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y del sector público se rige por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables”. BOCG- Congreso de los Diputados - núm. 94-9, de 24 de noviembre de 2006. En relación con los efectos de ese cambio en la redacción del precepto vid. Sempere Navarro, A.V Y Hierro Hierro, F.J, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Palomar Olmeda Y Sempere Navarro (Dir.), op. cit. pág. 67 a 69.

¹⁰ Vid. Sempere Navarro, A.V. y Hierro Hierro, F.J, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dir.), op. cit. pág. 65.

¹¹ Es lo que Cavas Martínez, F., “Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público”, en *Aranzadi Social*, nº 5, 2005 (BIB 2005/1143), versión electrónica, pág. 4, denomina “amplias zonas de intersección” entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo, afirmando que “la exclusión constitutiva del ámbito laboral que pesa sobre los funcionarios públicos y el personal a él equiparado, sólo es plena con relación a la legislación laboral individual..., pero parcial respecto del conjunto del Derecho del Trabajo, de manera que normas típicamente laborales como la Ley Orgánica de Libertad Sindical o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se aplican indistintamente a funcionarios y trabajadores, con las singularidades o adaptaciones exigidas en cada caso por el marco en que se desarrolla la prestación de servicios”.

¹² Vid. de nuevo Sánchez Morón, M., op. cit. pág. 47.

bajadores o a los convenios colectivos, en lo que se refiere a ciertas materias¹³. De forma que la normativa laboral común se aplicará con las matizaciones que incluya el Estatuto¹⁴.

Lo que sí parece claro es que la aplicación de la normativa laboral o convencional debe indicarse expresamente en el precepto correspondiente del EBEP. Así lo expresa el artículo 7º cuando dice que “el personal laboral de las Administraciones Públicas se rige... por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan”¹⁵. Eso sí, como también se ha indicado, esta referencia a las normas convencionales ha de considerarse declarativa y no constitutiva¹⁶, en cuanto que se encuentra dentro del cuadro de fuentes del Derecho del Trabajo y, por ello, de la relación de trabajo. Pero es evidente que el EBEP, con su referencia a los Pactos y Acuerdos colectivos, consagra la negociación colectiva como fuente del derecho, con plena eficacia normativa¹⁷.

No obstante, en este aspecto el Estatuto no ha estado exento de críticas, precisamente por la falta de determinación que en ocasiones refleja, a la hora de señalar qué reglas han de aplicarse preferentemente en algunos supuestos a los colectivos que integran el concepto de empleados públicos¹⁸. Lo cual no casa muy bien con el objetivo de claridad y seguridad jurídica que pretendía aportar la Ley del Estatuto, primero, y el Texto Refundido después.

Es por ello que debemos aclarar llegados a este punto, como lo han hecho otros autores, que esta vocación universalista o global del EBEP en relación con su ámbito subjetivo de aplicación, no implica, en ningún caso, que se produzca una equiparación total del régimen jurídico de los dos tipos de personal – funcionarios y personal laboral – ya que esta norma marca claramente las fronteras entre los mismos¹⁹. Aunque debe reconocerse la influencia o el efecto contagio que re-

¹³ Por ejemplo en materia de promoción profesional del personal laboral (artículo 19), retribuciones del personal laboral (artículo 27) o clasificación profesional (artículo 77).

¹⁴ Vid. Del Rey Guanter, S., “Empleo público...”, op. cit. pág. 105.

¹⁵ Vid. en este mismo sentido Sempere Navarro y Hierro Hierro, en el comentario al artículo 7º del EBEP contenido en libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dir.), op. cit. pág. 71.

¹⁶ Vid. de nuevo Sempere Navarro y Hierro Hierro, op. cit. pág. 73.

¹⁷ Vid. Del Rey Guanter, S., “Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico”, en el libro colectivo *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Del Rey Guanter (dir.), La Ley 2008, pág. 103.

¹⁸ Vid. Del Rey Guanter, S., “Empleo público y empleo privado...”, op. cit. pág. 100.

¹⁹ En este sentido se expresa, Del Rey Guanter, S., op. cit. pág. 99. Fronteras y diferencia de trato que algunos autores no han considerado necesariamente obligadas por el mandato constitucional, como Cavas Martínez, F., “Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público”, op. cit. pág. 2, para quien “la Constitución estaría limitándose a constatar una realidad – la existencia de funcionarios públicos – pidiendo su regulación, pero no estaría obligando a mantener la comentada

presenta la aplicación de ciertas condiciones laborales de unos y otros empleados públicos²⁰, es decir, el progresivo acercamiento entre el ámbito laboral y el de los funcionarios públicos en lo que a condiciones de trabajo se refiere²¹.

Esta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del EBEP también fue objeto de algunas críticas desde sus inicios, precisamente por dejar fuera del mismo al personal al servicio de entes que sí conforman el Sector Público, pero no se encuentran en dicha exhaustiva enumeración del Título I, como las sociedades o fundaciones constituidas al amparo del derecho civil o mercantil²². Aunque, como veremos más adelante, la exclusión no es absoluta.

Tampoco regula ni aborda supuestos de enorme trascendencia y habitual recurso en el Sector Público, cual es la externalización de servicios en régimen de subcontratación, o, el más debatido recurso a las Empresas de Trabajo Temporal²³. Supuestos en los que habremos de aplicar la normativa laboral con ayuda de la interpretación que de estas normas ha realizado la jurisprudencia.

Así, pues, tenemos claro qué habremos de entender por personal al servicio de las Administraciones Públicas. Lo que no podemos afirmar de forma tan tajante es que esta identificación de Administraciones Públicas, que lleva a cabo el EBEP, pueda asimilarse al concepto de Sector Público.

dualidad de regímenes... nuestra Norma Suprema no impide una labor de unificación o uniformización del régimen jurídico de todas las personas que trabajan en el seno de la Administración”.

²⁰ Vid De La Villa Gil, L.E., “El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentarios de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril”, en *Revista General de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, Iustel, versión electrónica, pág. 3; para quien “progresivamente está produciéndose un doble fenómeno de interinfluencia por el cual instituciones clásicas de la relación funcional se aplican a los trabajadores (algunos principios como los de mérito y capacidad en el acceso... vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y laboral...) e instituciones clásicas de la relación laboral se aplican a los funcionarios (la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta el momento ha tenido como consecuencia una aproximación de las condiciones de empleo que les afectan)”.

²¹ Vid. Cavas Martínez, F., “Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público”, en *Aranzadi Social*, nº 5, 2005 (BIB 2005/1143), versión electrónica, pág. 3, quien habla también de cierta “convergencia” e incluso “ósmosis” entre el campo laboral y el de la función pública.

²² Vid. por ejemplo, De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo...*, op. cit. p. 41, para quien “una de las grandes carencias del nuevo modelo será la del silencio casi absoluto que guardará sobre determinadas fórmulas organizativas bajo las que se amparan ciertas ramificaciones del denominado sector público, como son las que representan sobre todo las fundaciones y las sociedades de carácter mercantil, en cuanto que formas de personificación del Derecho privado”.

²³ Vid. Del Rey Guanter, S., “Empleo público y empleo privado...”, op. cit. pág. 102. En relación con las Empresas de Trabajo Temporal, señala el autor que “tal utilización está excluida con ciertas excepciones desde que hace años, y con origen en normativas autonómicas, empezaron a aparecer prohibiciones cuyo fundamento, al parecer, era la consideración de que tales Empresas podrían estar en el origen o contribuir a la alta tasa de temporalidad en las Administraciones Públicas”.

La determinación de qué hayamos de entender por Sector Público es crucial para delimitar nuestro objeto de estudio y hemos de considerar a priori que es un concepto más amplio que el de administración pública. Ya que el objeto de nuestro estudio es analizar la conflictividad de este sector, una vez identificada la parte trabajadora, a la que hemos denominado empleado público, nos unimos a quienes consideran que la otra parte del conflicto (o de la relación de trabajo o de servicio) puede denominarse más correctamente “empleador público”²⁴.

Podemos traer a colación aquí algunas normas del ordenamiento jurídico administrativo que vienen a definir el Sector Público de forma amplia, a efectos de aplicación del régimen jurídico administrativo.

La primera de ellas es la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público²⁵, que en su artículo segundo enumera qué entidades comprenden el Sector Público, dividiéndolo en cuatro grupos:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.
- d) El sector público institucional.

Y, añade que integran el Sector público institucional las siguientes:

- a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público, vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
- b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas).
- c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.

No obstante, es interesante resaltar que, de todas ellas, sólo tendrán la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público recogidos en la letra a) anterior.

La segunda, algo más exhaustiva, es la Ley de Contratos del Sector Públi-

²⁴ Vid. de nuevo, Del Rey Guanter, S., “Empleo público y empleo privado...”, op. cit. pág. 97.

²⁵ Ley 40/2015, de 1 de octubre, BOE de 2 de octubre.

co²⁶, si bien, contiene una enumeración de entes, organismos y entidades a los que considera parte de lo que hemos denominado Sector Público, a efectos de aplicarles las normas nacionales y comunitarias sobre contratación pública²⁷. Así, dentro de su ámbito de aplicación incluye a los siguientes:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
- d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.
- e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:
 - 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
 - 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.
 - 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.
- f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

²⁶ Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE de 9).

²⁷ La reciente reforma de esta norma se ha debido fundamentalmente a la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento las Directivas 2014/24/UE sobre contratación pública, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

- h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.
- i) Los fondos sin personalidad jurídica.
- j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.
- l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Por tanto, es fácilmente constatable que el concepto de Sector Público es mucho más amplio que el de Administraciones Públicas que define el EBEP, por lo que no sólo habremos de centrarnos en el estudio de la solución de conflictos desde el punto de vista de este texto normativo, con el análisis de su articulado, sino también de la normativa y acuerdos interprofesionales que resulten de aplicación al resto de entes y entidades que conformen el Sector Público.

Por otro lado, el EBEP excluye de su ámbito de aplicación algunos colectivos de funcionarios o personal estatutario que normalmente hemos de incluir en el Sector Público. A éstos no les serán de aplicación las normas contenidas en el mismo, debiendo regirse por su propio Estatuto o norma específica que regule su relación con la Administración o Entidad empleadora. Exclusión que, en el fondo, es relativa, ya que indica una salvedad; que su legislación específica indique otra cosa²⁸. Estos colectivos son los siguientes:

²⁸ Esta exclusión viene determinada en la mayoría de los casos por la dificultad que resultaría de aplicar el EBEP, ya que poseen regímenes jurídicos de prestación de servicios muy específicos a los que resulta de difícil o imposible aplicación un régimen estatutario común como el que diseña el Estatuto. Es el caso del personal militar de las Fuerzas Armadas, del CNI, del personal retribuido por arancel y del personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Por otro lado, están también excluidos aquellos colectivos cuyo estatuto se encuentra regulado mediante Ley orgánica (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Jueces, Magistrados, Fiscales

- a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.
- b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas.
- c) Jueces, Magistrados y Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.
- d) Personal militar de las Fuerzas Armadas.
- e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.
- f) Personal retribuido por arancel.
- g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia.
- h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

En cuanto a las entidades locales y a la Policía local, el artículo 3º también aclara que sus funcionarios se regirán por la legislación Estatal, incluido el EBEP, y las de las comunidades autónomas, con respecto a la autonomía local. La Policía Local deberá además excepcionar de la aplicación de las anteriores normas, aquello que se especifique en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley 2/1986, de 13 de marzo).

Para finalizar, se hace mención especial al Personal funcionario de la Sociedad Estatal

Correos y Telégrafos, que se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP. Su personal laboral, en cambio, se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables.

Junto a ellos deberemos considerar las entidades que, con forma societaria mercantil o fundacional, son financiadas con cargo a presupuestos públicos y que, como hemos advertido anteriormente, no están incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, pese a formar parte del denominado Sector Público. En este punto, podemos constatar que la recomendación de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP fue justamente la contraria. La Comisión propuso que se aplicasen las normas comunes del EBEP “a las relaciones de personal de todas las Administraciones, organismos y entidades dependientes de

y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, así como el Personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y los órganos estatutarios de las comunidades autónomas. Vid. en este sentido Azemar I Mallard, L., “Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo”, en el libro colectivo *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Del Rey Guanter (dir.), La Ley 2008, pág. 148.

una Administración o Ente Público creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que se financien mayoritariamente con fondos públicos, así como a entidades y organismos públicos dotados de autonomía o independencia funcional, sin perjuicio de las Leyes y normas especiales que, en el marco del Estatuto Básico, pueden aprobarse en cada caso²⁹. Aunque es cierto que se mencionan las normas comunes del EBEP como aquellas que deben extender su aplicación al conjunto de los empleados públicos.

Sin embargo, como ya hemos advertido, la exclusión no es total o absoluta. La Disposición Adicional Primera indica que a estas entidades le son aplicables los principios contenidos en los artículos 52 (Código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores del acceso al empleo público) y 59 (personas con discapacidad).

En conclusión, el ámbito de nuestro estudio no se reducirá al análisis tan sólo de la conflictividad en las Administraciones Públicas, sino que trataremos de ampliar y abarcar el estudio de la conflictividad y sus vías de solución del más amplio Sector Público³⁰.

3. LA CONFLICTIVIDAD LABORAL Y EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN.

La conflictividad laboral y el Derecho del Trabajo han caminado irremediamente unidos³¹, aunque, visto desde una perspectiva optimista, el conflicto es, sin duda, “una amenaza para toda organización, pero también un instrumento que, adecuadamente gestionado, puede conducir al avance y a la mejora de las personas y de los entes sociales”³². Es evidente que la conflictividad en el Sector

²⁹ Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Ministerio de Administraciones Públicas. 25 de abril de 2005, apartado 7 *in fine*, página 31.

³⁰ En relación con el ámbito de este “conjunto o superestructura que conforma el sector público” vid. De Soto Rioja, S., “Los despidos colectivos en el ámbito del Sector Público. Balance de aplicación tras casi tres años desde su reforma”, en el libro colectivo *Reforma de las administraciones públicas y empleo público*, Gómez Muñoz, J.M. (coord...), Mergablum, 2015, págs. 401 y ss. Así como el estudio del mismo autor *La reestructuración del empleo... op. cit.*

³¹ Vid. De Soto Rioja, S.: *La reestructuración del empleo en el sector público*, op. cit. p. 15.

³² Gamero Casado, E. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La mediación como estrategia de Resolución de Conflictos”, en el libro colectivo *Mediación para la Resolución de conflictos del Personal en las Administraciones Públicas*, Gamero Casado y Rodríguez-Piñero Royo (coords.), Mergablum, 2006, p.9. También la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP destacó su carácter de norma de mínimos en su Informe: “el Estatuto Básico del Empleado Público y, en concreto, los preceptos del mismo que se refieran por igual a funcionarios y contratados

Público también existe. Es posible comprobar cómo en los últimos años, la mayoría de estos conflictos han venido determinados por las medidas de reestructuración y contención del gasto, a su vez causadas por razones económicas, llevadas a cabo en la práctica totalidad del Sector Público³³.

Nadie duda, en la actualidad, de la existencia del derecho de los empleados públicos a plantear conflictos de carácter colectivo, y así lo establece el artículo 15 del EBEP³⁴ si bien, podemos distinguir el anclaje constitucional de éste, de aquel otro que identifica el derecho constitucional al conflicto de los “trabajadores” o empleados del sector privado o empresarial³⁵. Pues, como veremos, el derecho al planteamiento de conflictos de carácter colectivo está inexorablemente unido al derecho a la negociación colectiva, y éste último no siempre estuvo claramente considerado por la doctrina para los funcionarios públicos³⁶. De hecho, la Constitución señaló preceptos distintos para referirse a los trabajadores (art. 35 y 149.1.7) y a los funcionarios (art. 103 y 149.1.18), y, por ende, para el reconocimiento de los Estatutos que debían regular las relaciones de trabajo de unos y otros; considerándose, por tanto, una diferencia básica entre la relación laboral y la relación estatutaria³⁷. Diferencia que el EBEP ha tratado de suavizar para lograr un tratamiento común de ciertos principios y derechos para unos y otros³⁸.

laborales, debe ser un Estatuto “de mínimos”, esto es, una norma breve, que afirme con claridad la vigencia de los principios constitucionales en todo el espectro del empleo que materialmente debe considerarse público, que adopte las garantías necesarias para su cumplimiento y que establezca líneas de modernización de las relaciones de empleo público en su conjunto, pero que deje un margen suficiente para la adaptación de ese núcleo común a las muy diferentes realidades a las que ha de aplicarse” (punto 7, página 30).

³³ Vid. los grandes ejes de conflicto señalados por el Profesor De Soto Rioja, S., “Los despidos colectivos en ámbito del Sector Público...”, op. cit. pág. 413. Vid. también el análisis de los problemas que realiza Goerlich Peset, J.M., “Despido colectivo en el sector público: problemas comunes y especialidades”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5/2013 (BIB 2013/1676). Si bien, la mayor parte de estos conflictos fueron sustanciados por los Tribunales de Justicia.

³⁴ El artículo 15 del EBEP se titula “derechos individuales ejercidos colectivamente” y reconoce en la letra e) el derecho a “planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso”.

³⁵ Vid. sobre el tema García Murcia, J., “Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, 2014, págs. 275 y ss.

³⁶ Vid. López Gandía, J., “La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico”, en el libro colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público*, op. cit. pág. 549.

³⁷ Vid. de nuevo López Gandía, J, *ibidem*, para quien “esta laguna constitucional, la expresión peculiaridades del artículo 28, y los citados artículos 103 y 149.1.18, utilizados a la contra de la idea de negociación han impedido la configuración constitucional de un derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos”.

³⁸ Vid. De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo...*, op. cit. p. 37, para quien el EBEP constituye “una ley de mínimos destinada en principio a la totalidad de los funcionarios y los trabajadores que prestan servicios para el entero sector público, aunque con notorias excepciones de aplicación en algunas de sus fórmulas organizativas, y con la que se otorgará carta definitiva

Por otro lado, la introducción de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del derecho administrativo no ha estado exenta de inconvenientes. El sometimiento de la Administración Pública a principios como el de legalidad, el necesario servicio a los intereses generales y el preceptivo control jurisdiccional de su actuación han actuado como límites a la búsqueda de soluciones alternativas al proceso jurisdiccional³⁹. Sin embargo, también se ha apoyado esta opción como necesaria, dada la lentitud y el atasco que sufren los órganos jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo, y el argumento que ha cobrado mayor fuerza ha sido precisamente el del principio de eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas⁴⁰.

3.1. El reconocimiento constitucional del conflicto colectivo y sus medios de solución en el Sector Público

Podemos afirmar que, en relación a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales, la opción del constituyente fue más bien “aséptica”⁴¹, a diferencia de lo que sucede con otros derechos colectivos como la negociación colectiva o la huelga, dejando un amplio margen al legislador para establecer el modelo que estimara conveniente. El artículo 37.2 CE reconoce “el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo”, encomendando al legislador la regulación del ejercicio de este derecho y sus limitaciones. Dos son las cuestiones que habremos de tener en cuenta en relación con su aplicación al ámbito del Sector Público. Una, la conexión entre el reconocimiento constitucional del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y los medios extrajudiciales de solución de conflictos, que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, refiriéndose, por tanto, en el contenido del derecho a la articulación del conflicto, incluyendo los medios extrajudiciales para su solución⁴². Así,

de naturaleza a una modelo dual y casi indistinto de empleo público. Pues no existirá fijación de porcentaje mínimo o tope máximo para cada una de estas categorías, resultando en la práctica ordinaria una materia casi disponible por completo en cada Administración a la hora de diseñar su estructura interna”.

³⁹ Vid. Escartín Escudé, V., “El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n^o 39-40, pág. 104.

⁴⁰ De nuevo Escartín Escudé, V., *ibidem*, y Rosa Moreno, J., “Encuadre jurídico-administrativo de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos”, en el libro colectivo, *Mediación para la Resolución de conflictos del Personal en las Administraciones Públicas*, op. cit. pág. 107.

⁴¹ Vid. Del Rey Guanter, S., *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales*, CARL, 1992, pág. 81.

⁴² La conexión entre el reconocimiento constitucional de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos y el artículo 37.2 CE fue aceptada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 217/1991, de 14 de noviembre y 37/1983, de 11 de mayo.

el Alto Tribunal viene declarando que la Constitución reconoce a los representantes de los trabajadores y los empresarios “un poder de regulación y ordenación de las relaciones laborales en su conjunto”⁴³. Poder que “actúa en un sistema de negociación colectiva a través de la representación institucional que ostentan los sindicatos y las asociaciones empresariales y que, consagrado en el artículo 37.2 de la Constitución, lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio”. Por tanto, podemos apreciar que en el contenido del artículo 37.2 se encuentra tanto el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, diferentes de la huelga, como los procedimientos de solución de los mismos⁴⁴. Y, de este modo, podemos afirmar que existe una clara conexión no sólo ya entre el reconocimiento del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y el establecimiento de medios autónomos de solución de conflictos, sino entre la negociación colectiva y los mismos, en la medida en que aquellos proceden de esta.

No obstante, hemos de aclarar desde este momento que, mientras que en el ámbito de las relaciones laborales en el sector privado, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la conexión entre el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho de huelga (28.2 CE), el de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)⁴⁵, no sucede lo mismo en el ámbito de la función pública, donde este Tribunal ha venido negando que todos estos derechos formen parte, del mismo modo o con la misma intensidad, del núcleo duro de la libertad sindical de los funcionarios públicos⁴⁶. Así, según el Alto Tribunal, “el derecho de negociación colectiva no es de por sí

⁴³ STC 217/1991, fundamento 6.

⁴⁴ Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública”, op. cit. pág. 36.

⁴⁵ E incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Vid. Martín Valverde, A., “Medios no judiciales de solución de los conflictos laborales: caracterización general”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 123, 2016, pág. 21, para quien “los distintos medios no judiciales de solución de los conflictos de trabajo se desenvuelven en un campo normativo bastante problemático, en el que están sometidos al influjo de fuerzas magnéticas muy poderosas. La designación de tales fuerzas se puede hacer en términos de derechos constitucionales. Uno de ellos es el derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE); otro, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); otro, el derecho de huelga de los trabajadores (art. 28.2 CE); y otro, en fin, el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). El área del ordenamiento donde se ubican los medios no judiciales de solución de los conflictos de trabajo es aquélla en que se conectan y se entrecruzan todos estos derechos constitucionales”.

⁴⁶ Vid. Rivero Lamas, J. y De Val Tena, A.L., “El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 68, 2007, pág. 19.

y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título 1 (artículos 14 a 28 CE: SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, f.3; 45/1984, de 27 de marzo, f.1; 98/1985, de 29 de julio, f.3; 208/1993, de 28 de junio, f.2). Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente (STC 80/2000, de 27 de marzo, f. 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, f.9) que, por las peculiaridades de derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido *adicional* del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le da la Ley reguladora del derecho a la negociación colectiva (art. 6.3 b) y c) LOLS)⁴⁷.

De este modo, el Tribunal Constitucional, aplicando una doctrina no exenta de críticas, no reconoce a los funcionarios un derecho constitucional a la negociación colectiva, si bien no impide que legalmente se pueda reconocer este derecho en el ámbito de la función pública. Aunque deja claro que la negociación colectiva de los funcionarios ni forma parte del contenido esencial⁴⁸ – constitucionalmente protegido – de la libertad sindical de estos, relegándolo al denominado “contenido adicional”, ni tiene reconocida la fuerza vinculante en los términos del 37.1 CE; y marca, con ello, una clara diferencia entre la negociación colectiva de los trabajadores con contrato de trabajo y la de los funcionarios públicos⁴⁹.

⁴⁷ SSTC 80/2000, de 27 de marzo, f.5, 222/2005, de 12 de septiembre, f.3 y, más recientemente, 118/2012, de 4 de junio, f. 4.

⁴⁸ Ya que reconoce que el legislador puede regular especialidades para el ejercicio de este derecho por los funcionarios, si bien, esta especialidades solamente pueden afectar al contenido no esencial de ese derecho de libertad sindical (STC 57, 1982, de 27 de julio).

⁴⁹ Vid. Rivero Lamas y De Val Tena, “El derecho a la negociación colectiva...”, op. cit. pág. 19. En contra se pronunciaban algunos autores con carácter previo a dicha sentencia, vid. por todos Roqueta Buj, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Universidad de Valencia, 1996, pág. 42. Vid. también un resumen de las posiciones doctrinales hasta la actualidad y una crítica de la doctrina constitucional contenida en la STC 80/2000 en Goerlich Peset, J.M., “La negociación colectiva en la Constitución, una mirada crítica”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n^o 108, 2014, págs. 260 a 262, para quien “No se acaba de ver, en este sentido, que la negociación de funcionarios y asimilados sea únicamente contenido adicional del derecho de libertad sindical... No parece razonable pensar en un contenido esencial del derecho a la negociación colectiva diferente en función de la calificación como laboral o funcional de las correspondientes relaciones de servicios”. En el mismo sentido se pronuncia Monereo Pérez, J.L., “El derecho a la

Y la segunda cuestión, derivada de lo anterior, tiene que ver con la titularidad del citado derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, pues el artículo 37.2 CE reconoce este derecho sólo a “empresarios y trabajadores”, sin que en tal expresión puedan entenderse incluidos los funcionarios públicos⁵⁰. Lo cual, nos deja un claro interrogante sobre lo que haya de ocurrir con los empleados públicos con contrato laboral. Aun cuando, como se ha dicho, no parece razonable establecer límites a los funcionarios públicos y no extenderlos a quienes prestan servicios también para la misma Administración en régimen laboral⁵¹, lo cierto es que la solución a la que nos lleva la doctrina constitucional antes expuesta, nos obliga a tener que considerar las opciones del legislador, que es quien tiene encomendado el mandato constitucional de desarrollar dichos límites. Y estas singularidades podrán afectar tanto a los funcionarios como a los trabajadores contratados por ella⁵².

El legislador está legitimado, por tanto, para ampliar este derecho al ámbito de la función pública⁵³, como, de hecho, lo hace a través del EBEP. Quienes prestan servicios para una Administración Pública con la condición legal de funcionario público, encuentran ciertas especialidades y peculiaridades o, si se quiere, límites, tanto en el reconocimiento de la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE, como en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (ex artículo 103.3 CE), remitiendo en ambos casos la Constitución a lo que establezca el legislador ordinario, que deberá desarrollar el ejercicio de ambos derechos. Y remitiéndonos, por tanto, al modelo de negociación colectiva que diseñe la Ley que regule el Estatuto de los funcionarios públicos⁵⁴, que nos es otro que el EBEP.

negociación colectiva”, en Monereo, Molina Y Moreno, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Granada, Comares, 2002, pág. 625..

⁵⁰ Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, op. cit. pág. 74; también Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública”, op. cit. págs. 37 y 38.

⁵¹ Vid. García Murcia, J., “Derecho a adoptar medidas...”, op. cit. pág. 289, quien lo justifica añadiendo que “pese a su incongruencia notoria, la separación formal entre uno y otro grupo de empleados públicos es aún la línea de regulación de nuestro sistema legal e incluso de nuestro sistema constitucional”.

⁵² Vid. Goerlich Peset, J.M., “La negociación colectiva en la Constitución...”, op. cit. pág. 262, para quien “lo hemos visto en el pasado en las SSTC referidas a los topes presupuestarios en materia de retribución del personal al servicio del sector público (por todas STC 24/2002, de 31 de enero)”.

⁵³ Vid. García Murcia, J., “Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, pág. 289.

⁵⁴ Vid. STC 85/2001, de 26 de marzo. Vid. también Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública”, op. cit. pág. 38, para quien tiene lugar un “engarce de la negociación colectiva funcionarial a través de su regulación por medio de una legislación ordinaria que no encuentra condicionantes constitucionales directos”.

En este marco, como se ha dicho, los sindicatos en la función pública gozarán del derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en la Ley, no existiendo un derecho a negociar al margen de los órganos y sistemas previstos por el legislador⁵⁵. Se puede entender, así, la regulación legal tanto de un modelo de negociación colectiva, como de un sistema de solución de extrajudicial de conflictos en el ámbito del sector público, aplicables a los funcionarios públicos. Sin olvidar, eso sí, que se trata de una norma de carácter básico que podrá ser, por tanto, desarrollada convenientemente.

No podemos decir que el precepto constitucional indique, a través de qué institución se podrá ejercer (colectivamente) el citado derecho, ni que precise quiénes pueden ejercer dicha representación, remitiendo, como hemos advertido ya, a la regulación legal. Desde el prisma constitucional, en principio, tanto los sindicatos, como las secciones sindicales o los representantes unitarios podrán plantear medidas de este tipo, quedando abierta dicha posibilidad, en principio, a cualquier otra forma de representación colectiva de los trabajadores⁵⁶.

No obstante, como hemos dicho, el legislador, con el aval que le proporciona el propio artículo 37.2 CE, podrá establecer límites a este derecho en función de sus peculiaridades. Por ello, cuando nos encontramos con el personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre la base de lo establecido en el artículo 103.3 CE, será el legislador el que haya de establecer los límites propios de dichos empleados. En este caso, al igual que en relación con el ejercicio del derecho de huelga o la negociación colectiva, se podrán hacer distinciones respecto de los “trabajadores por cuenta ajena” propiamente dichos, en el ámbito del sector privado, lo que nos lleva a concluir, como ha defendido la doctrina, que el artículo 37.2 CE, al incluir la expresión “trabajadores y empresarios” se refiere a los trabajadores que prestan servicios en base a un contrato laboral.

Correspondería, pues, al legislador el establecimiento de los límites que afectarán a los empleados públicos. Eso sí, se podrá admitir, respecto de estos últimos, sin que ello colisione con los preceptos constitucionales, que el recurso a estos medios se encuentre recogido como una obligación o requisito previo a la adopción de otras medidas, en la propia negociación colectiva⁵⁷. Hasta el

⁵⁵ Vid. Mauri Majós, J., “Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público”, en *Estatuto Básico del Empleado Público*, Ortega Álvarez, L., (dir.), La Ley, 2007, pág. 300.

⁵⁶ Vid. García Murcia, J., “Derecho a...”, op. cit. pág. 288.

⁵⁷ Así lo expresa la STC 217/1991, de 11 de noviembre, en relación con la previsión del Convenio colectivo de acudir a la Comisión Paritaria con carácter previo a la vía jurisdiccional. Afirma el Tribunal que “si un sindicato plantea el conflicto directamente ante los Tribunales, omitiendo el anterior requisito, dicho sindicato no habría actuado conforme a lo establecido en las normas aplicables las cuales exigen la intervención de la comisión paritaria, ...Y, en tal caso, no puede entenderse vulnerado el derecho de libertad sindical, porque éste sólo habría resultado lesionado si, al plantear el

punto en que el Tribunal Constitucional, tratando de resolver las objeciones de constitucionalidad opuestas a estos acuerdos, ha admitido que, el establecimiento de trámites preprocesales, siempre que sean razonables y proporcionados, y no impidan el recurso final a la vía judicial, son admisibles y no colisionan con el derecho a la tutela judicial efectiva⁵⁸.

3.2. Régimen jurídico de la solución extrajudicial de conflictos en el sector público: La dualidad de regímenes

Una vez analizada la aceptación constitucional del establecimiento de sistemas autónomos de solución extrajudicial de conflictos en este ámbito, incluso como requisitos preprocesales, y aclarado que se trata de un derecho que reside en el reconocimiento legal y no en un derecho constitucional expresamente reconocido en la Norma Fundamental, es preciso analizar esa regulación que las leyes contienen respecto del Sector Público.

En primer lugar, deberemos referirnos al reconocimiento en el artículo 15 del EBEP del derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, como derecho individual que deba ser ejercido colectivamente. En este caso, el EBEP ha optado por configurar el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo como un derecho de todos los empleados públicos, sin distinguir entre funcionarios públicos y laborales. Además, lo configura como un derecho individual de ejercicio colectivo – tal y como se especifica en el título del precepto – y lo subordina a la “legislación aplicable en cada caso”, con lo que se evidencia que el legislador requiere que los trabajadores actúen a través de sus representantes⁵⁹.

conflicto, el sindicato hubiera acomodado su conducta a lo previsto en las normas correspondientes”.

⁵⁸Lo vuelve a decir el TC en la misma Sentencia 217/1991, fundamento 5, cuando recuerda que “la necesidad de plantear la cuestión previamente ante la comisión paritaria del convenio colectivo, no excluye ni cierra el posterior paso a las vías jurisdiccionales. El interesado, si no queda satisfecho con la intervención de la comisión, puede acudir posteriormente, en todo caso, a los tribunales. Pero es que, además, es un trámite que, como hemos visto, encuentra una plena justificación toda vez que tiene por objeto, no solo los fines generales expuestos de la conciliación o de reclamación previa, sino también procurar una solución de la controversia por medios autónomos, propios de la autonomía colectiva y no jurisdiccional... La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo es, pues, una manifestación del principio de autonomía colectiva, y, más concretamente, del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE) entre las que se encuentran no sólo el planteamiento del conflicto, sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo”. Vid. también Sáez Lara, C., “Administración pública y procedimientos de solución de conflictos laborales”, en *Temas Laborales*, nº 125/2014, pág. 404, para quien “la interpretación de un derecho absoluto de acceso a la tutela judicial contenido en el artículo 24 CE... ha ido progresivamente cediendo, en la doctrina científica y constitucional, a favor de conformar el arbitraje como un “equivalente jurisdiccional”. De esta forma, se abre la puerta para transitar desde un modelo de dependencia a un posible modelo de autonomía funcional.

⁵⁹“Aunque el texto constitucional no tome nota de ello”, tal y como indica García Murcia, J., “Derecho a adoptar...”, op. cit. pág. 288.

Este precepto se completa con la regulación en el artículo 45 del mismo texto normativo de la posibilidad de “crear, configurar y desarrollar sistemas de solución extrajudicial de conflictos, por acuerdo entre las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales”⁶⁰, reconociendo, por tanto, la capacidad de ambas partes para, de forma autónoma, configurar un sistema de solución de conflictos en el marco del empleo público.

Ahora bien, lo primero que llama nuestra atención es que, mientras el artículo 15 resulta de aplicación a todos los empleados públicos, el artículo 45, en cambio, resulta de aplicación solo y exclusivamente a los funcionarios públicos⁶¹, debiendo acudir al Estatuto de los Trabajadores y a las normas convencionales para determinar el régimen jurídico aplicable al personal laboral que presta sus servicios en el ámbito del Sector Público⁶². En este punto no podremos gozar de una regulación homogénea, apartándose, por tanto, el EBEP de su objetivo inicial⁶³ y generando con ello una cierta confusión en relación al régimen jurídico que hayamos de aplicar al personal laboral. En vista de dicha regulación y considerando que nada más se especifica en el EBEP, habremos de suponer que la opción del legislador es, como lo hace con la negociación colectiva del personal laboral (artículo 32), que el recurso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos por los empleados públicos y sus representantes se regirán por la legislación laboral.

Las razones que nos llevan a sostener que el artículo 45 sólo resulta de aplicación a los funcionarios públicos se centran fundamentalmente en el contexto legal en el que se enmarca el precepto. Se trata del capítulo destinado a la negociación colectiva, donde, como sabemos, la diferenciación entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y el del resto de los empleados públicos se

⁶⁰ Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales...*, op. cit. pág. 64, para quien este reconocimiento tiene dos consecuencias de interés: “junto a la limitación de la potestad unilateral de la Administración en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, el reconocimiento de áreas de conflicto potencial entre éstos y aquélla, especialmente conectados con la relación de servicio que les une, de forma que posibilita el que se aplique también en este ámbito funcional las técnicas de solución extrajudicial de conflicto”.

⁶¹ Vid. Gala Durán, C., “La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos”, op. cit. pág. 673, Quintanilla Navarro, Y., “Comentario al artículo 45”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007...*, op. cit. pág. 359, SALA FRANCO, T., “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, en *Comentarios a la Ley del Estatuto...*, Sánchez Morón (Dir.), op. cit. pág. 316.

⁶² Así, el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, así como el resto de los trabajadores del sector público, con contrato laboral, estarían bajo el paraguas de la normativa laboral general y de los Acuerdos interconfederales de solución extrajudicial de conflictos colectivos, firmados entre los interlocutores sociales, como veremos más adelante.

⁶³ Vid. Fernández Domínguez, J.J., “Artículo 15”, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007...*, op. cit. pág. 161, para quien “existe un listado único de derechos, aun cuando su aplicación, dadas las variadas fuentes normativas y las numerosas limitaciones y excepciones, dista mucho de ser común y homogénea”.

justifica por el mandato constitucional del artículo 103.1 CE⁶⁴. En efecto, dentro de este capítulo, que conforman los artículos 31 a 46 del Texto Refundido del EBEP, el artículo 32 se refiere expresamente a la negociación colectiva, representación y participación del personal laboral, remitiendo a la legislación laboral en su regulación, “sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente le son de aplicación”. Por ello, para que un precepto de este capítulo sea de aplicación a los empleados públicos con contrato laboral, será preciso que lo indique expresamente el mismo precepto. Y a ello añadiremos que el propio artículo 45 se refiere a los “Pactos y Acuerdos” y a las “Administraciones Públicas”, lo que nos tiene que llevar necesariamente a descartar su aplicación al personal laboral⁶⁵.

Esto deja al personal laboral en una situación altamente complicada por cuanto se regirá por la legislación laboral, si bien habrá de sortear las limitaciones que impone el EBEP, en ocasiones, difíciles de conciliar con el ejercicio del derecho, y que tendremos ocasión de analizar más adelante. No obstante, hemos de decir en favor del legislador que, a pesar de establecer un régimen diferente al de la legislación laboral, acerca bastante ambos sistemas, permitiendo una progresión en la homogeneización y fusión de los regímenes, con clara influencia del laboral sobre el administrativo⁶⁶.

El artículo 45 del EBEP tiene un antecedente claro en el artículo 38 de la Ley de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP, en adelante)⁶⁷; aunque con intención de mejorarlo⁶⁸. Así, la LORAP, en su redacción originaria, incluía, por un lado, la posibilidad de crear comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos de la negociación colectiva funcional⁶⁹ y, por otro, un procedimiento de mediación para resolver “los conflictos surgidos

⁶⁴ Estas diferencias han venido siendo aceptadas y justificadas por la jurisprudencia y por la mayoría de la doctrina administrativista. Vid. STC 222/2005, de 12 de septiembre.

⁶⁵ Lo cual, según Sala Franco, T, “Los derechos colectivos...”, op. cit. pág. 315, resulta criticable “por cuanto, de una parte, el personal laboral no tiene ni mucho menos resuelta la aplicación de los procedimientos extrajudiciales acordados para el sector privado y, de otra, parecería más lógico que ambos tipos de personal que comparten un mismo empresario (la Administración Pública), pese a su distinto régimen jurídico, compartieran también los mismos procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, aunque no compartan hoy por hoy, esto es cierto, los mismos procedimientos judiciales y la misma jurisdicción”.

⁶⁶ Vid. Quintanilla Navarro, Y., “Artículo 45”, op. cit. pág. 357.

⁶⁷ Ley 9/1987, de 12 de junio (BOE del 17).

⁶⁸ Vid. Gala Durán, C., “La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos”, op. cit. pág. 672. En relación con el artículo 38 de la LORAP, vid. los estudios de Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución de conflictos...”, op. cit. págs. 43 y ss.; Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, op. cit. págs. 75 y ss.; Roqueta Buj, R., *La negociación colectiva en la función pública*, op. cit. págs. 456 y 457.

⁶⁹ Artículo 35 de la LORAP.

en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los Pactos o Acuerdos⁷⁰. Modificada la norma, a través de la Ley 7/1990, de 19 de junio, se trató de mejorar su regulación, constituyendo un importante precedente al incluir la solución de los conflictos que resultaran de la interpretación de Pactos y Acuerdos, o de posibles bloqueos negociales, remitiendo además a un sistema de mediación que debía ser desarrollado reglamentariamente, si bien, eso nunca llegó a suceder⁷¹.

Sin embargo, la misma crítica que en su redacción originaria recibió la regulación de la LORAP, puede ser reproducida en la actualidad. Consideramos que resulta extraño que un tema de tanta importancia reciba un tratamiento tan escueto en un solo precepto⁷², lo que sólo se entiende por la presunción de una intención del legislador de dejar en manos de los negociadores la creación de un sistema de solución extrajudicial de conflictos para el sector. Pero, en esta línea, tampoco podemos decir que se establezcan mecanismos claros que permitan promover la aplicación de las medidas de solución, dejando en manos de la capacidad negociadora de las partes, esto es, de las organizaciones sindicales y las administraciones públicas, la “creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos”, sin añadir nada más.

Por otro lado, ya se señalaba tras la Ley de 1990 que la clave para el funcionamiento “racional” del proceso negociador y la contención de las medidas de presión estaba en la “articulación del proceso de negociación colectiva con los medios de solución de conflictos y de ambos con el posible ejercicio del derecho de huelga⁷³”. Por el contrario, esa falta de integración entre el proceso de nego-

⁷⁰ Siendo este aspecto bastante criticado, precisamente por mencionar sólo la mediación y no dejando abierta la posibilidad a otros medios de solución de conflictos. Vid. en este sentido Del Rey Guanter, *Los medios extrajudiciales de solución...*, op. cit. pág. 83; y Gala Durán, C., “La solución extrajudicial de conflictos colectivos”, en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público*, Del Rey Guanter (Dir.), La Ley, 2008, pág. 500.

⁷¹ Dicha norma surgió de un acuerdo entre el Gobierno y las Centrales Sindicales más representativas a nivel estatal, en el marco del diálogo social. Fruto de este acuerdo se modificó el Capítulo III de la LORAP, incluyendo, por tanto, el artículo 38 que quedaba redactado del siguiente modo: “1. Las Administraciones Públicas y los Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. 2. La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine. 3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato”.

⁷² Vid. en relación con la LORAP, Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, op. cit. pág. 76, para quien el marco jurídico estatal tenía dos notas esenciales, “su simplicidad y su falta de coordinación”. También se pronuncia en este sentido Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución...”, op. cit. pág. 44.

⁷³ Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, op. cit. pág. 79.

ciación, la solución y las posibles medidas de conflicto, traía como consecuencia que la mediación apareciese como algo marginal, desintegrado del proceso que facilitaba, de este modo, la imposición unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración por la aplicación del art. 37.2 de la misma norma⁷⁴.

E incluso se ha criticado que dicha regulación, prevista en la LORAP, no cumplía con las exigencias del Convenio nº 151 de la OIT, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas, ratificado por el Estado Español, que exigiría una mediación de carácter obligatoria y no voluntaria⁷⁵. Al menos, la expresión del artículo 8 del citado Convenio indica que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo [de los empleados públicos] “se deberá tratar de lograr” por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos como la mediación, la conciliación y el arbitraje. Por lo que, independientemente de cómo se interprete esa obligatoriedad o intencionalidad del precepto, lo cierto es que da normalidad al establecimiento de sistemas de solución extrajudicial de conflictos o basados en la negociación, en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Cuando se elabora el Estatuto Básico del Empleado Público en 2007, ya existía en el ámbito laboral un sistema bastante completo, y avanzado en su implantación, de solución extrajudicial de conflictos laborales, creado a partir de la negociación colectiva. Acuerdos interconfederales, como el Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC)⁷⁶, completados con algunos de ámbito autonómico, habían permitido poner en marcha un sistema de solución extrajudicial de conflictos de trabajo basado en la mediación y el arbitraje. Si bien, como regla general, excluían de su ámbito de aplicación los conflictos en los que

⁷⁴ “Corresponderá al Gobierno, en los términos del artículo 3.2 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en sus negociaciones o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el artículo 35”.

⁷⁵ Vid. Sala Franco, T., “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, op. cit. pág. 316. No se muestra en cambio tan crítico Cruz Villalón, J., en la interpretación de este Convenio, “La mediación en la solución...”, op. cit. pág. 42, al considerar que el Convenio es lo suficientemente impreciso al utilizar la expresión “se deberá tratar de lograr”, que concede una “amplísima libertad de articulación de los mecanismos más idóneos”. En este mismo sentido, destacando la “timidez” con la que se expresa la norma internacional, vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución...*, op. cit. pág. 74.

⁷⁶ Denominado en la actualidad Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC). Vid. V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos, publicado por Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 46 de 23 de febrero de 2012), modificado por Resolución de 8 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 175, de 21 de julio de 2016), donde consta la denuncia del mismo por las partes de forma conjunta.

fueran parte las Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas, Entidades Locales o entes que conforman el Sector Público. Dejando, por tanto, en tierra de nadie al personal laboral al servicio de los mismos⁷⁷. Esta estructura presentaba tres niveles, el interconfederal – en el que hemos mencionado el ASEC –, el de Comunidad Autónoma – donde podían encontrarse bastantes sistemas de solución de conflictos fruto de la concertación social – y el nivel sectorial o empresarial. En todos ellos era posible encontrar acuerdos donde se excluía expresamente de su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas, otros donde se guardaba silencio y otros donde se permitía la adhesión de las entidades del sector público mediante acuerdo entre las partes negociadoras o incluso preveían su aplicación al personal laboral de las mismas⁷⁸.

En este marco, la regulación del EBEP, como veremos, logra superar muchas de las críticas que se hacían a la anterior redacción de la LORAP⁷⁹, aunque mantiene algunas. Coincidimos, por ejemplo, con quienes consideran que la nueva redacción del artículo 45 EBEP recuerda mucho la del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores⁸⁰. Precisamente en el establecimiento de dos procedimientos diferenciados, de organización similar a las del ET. Uno, encomendado a las Comisiones Paritarias previstas en el artículo 38.5, que se reserva para la resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos que se recogen en el artículo 38⁸¹. Y un segundo procedimiento que podrá emanar de los acuerdos a que lleguen las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales, a través de los que podrán crear, configurar y desarrollar sistemas de solución extrajudicial de conflictos⁸². Llegando a mencionar en

⁷⁷ Vid. Sala Franco, T., “Los derechos colectivos...”, op. cit. pág. 316.

⁷⁸ Vid. de nuevo Sala Franco, T., *ibidem*.

⁷⁹ Vid. Gala Durán, C., “La solución extrajudicial de conflictos colectivos...”, op. cit. pág. 301, quien menciona algunas de éstas: “prevé la mediación y el arbitraje como mecanismos de actuación abriendo – aunque no del todo – el abanico de posibilidades de solución; conforme a lo dispuesto en el artículo 38.7 del EBEP, se incardinan los medios extrajudiciales dentro del proceso de negociación colectiva; y se abandona el modelo de mediación intervencionista y publicado”.

⁸⁰ Vid. Quintanilla Navarro, Y., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007...*, Aranzadi, pág. 359.

⁸¹ Este precepto guarda una gran similitud con el recogido en el artículo 91.1 del Estatuto de los Trabajadores: “... el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos”.

⁸² Similar también a la redacción del artículo 91.2: “No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos”. Es interesante esa referencia a las organizaciones sindicales, en cuanto representación de los trabajadores, del ejercicio de este derecho, dejando fuera de dicho ejercicio, por tanto, a los representantes unitarios de los funcionarios públicos. Vid. García Murcia, J., “Derecho a adoptar medidas de conflicto...”, op. cit. pág. 289.

particular los procedimientos de mediación y arbitraje⁸³. Sin embargo, también somos afines a quienes se preguntan si no hubiera resultado más acertado dejar a la autonomía colectiva, única y exclusivamente, la creación de los medios de solución sin ningún tipo de directrices legales⁸⁴.

Sin duda, el artículo 45 del EBEP establece una complementariedad entre lo regulado en la norma y la negociación colectiva, e incluso nada impide que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar, dentro de su ámbito de competencias, lo regulado en el mismo. Precisamente en eso consiste su reconocimiento como norma básica⁸⁵. Sobre el ámbito territorial autonómico volveremos más adelante pero lo cierto es que son pocos los acuerdos de las Mesas de Negociación que han tratado de desarrollar estos procedimientos⁸⁶.

3. 3. La tipología de los conflictos contemplados en el EBEP (artículo 45.2)

En cuanto a la tipología de los conflictos que podrán ser objeto de tratamiento para su solución a través de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, podemos partir de la tradicional distinción entre conflictos individuales, colectivos y plurales; y entre los conflictos de intereses o económicos y los jurídicos⁸⁷.

a) Conflictos individuales, colectivos o plurales.

En cuanto al primer tipo de conflictos: hemos de distinguir entre individuales, colectivos o plurales. La jurisprudencia ha ayudado de delimitar el concepto

⁸³ Vid. artículo 45.3 EBEP: “los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje”.

⁸⁴ Vid. Gala Durán, C., “La solución extrajudicial de conflictos...”, op. cit. pág. 502.

⁸⁵ Vid. Palomar Olmeda, A., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público*, Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 23. En este mismo sentido se pronuncia Del Rey Guanter, S., “Empleo público y empleo privado...”, op. cit. p. 101, para quien el calificativo de básico del Estatuto ha de considerarse que tiene tres sentidos, siendo el primero de ellos el que nos recuerda la propia Exposición de Motivos: “esta norma ha de tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar en las últimas décadas” y que lleva a que las Disposiciones finales sitúen a este Estatuto en relación a las competencias de esas otras Administraciones distintas a la central... y muy especialmente respecto a las de las Comunidades Autónomas.

⁸⁶ Por el momento y salvo error u omisión, podemos mencionar el Acuerdo publicado en el BOE a través de la Resolución de 30 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado de 30 de mayo de 2017, por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación, en cuyo punto 19 se establece un acuerdo para agotar las vías de solución de conflictos recogidas en el EBEP.

⁸⁷ Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución...*, op. cit. pág. 42 y ss.

de conflicto colectivo, indicando que tienen este carácter “los que afectan a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores”, lo que indica “la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran y, por otro lado, la presencia de un interés general que reside en el grupo”⁸⁸. Una doctrina ésta que el Tribunal Supremo ha mantenido constante hasta nuestros días, añadiendo que “las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos:

1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores “entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y

2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que ha de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”.

Por su parte, como hemos podido advertir, el artículo 45 de conflictos recogidas en el TRDAs jurdel empleador y de los empleados, establecer un rces, los funcionarios EBEP sólo se refiere a conflictos colectivos, siendo la solución de conflictos individuales o plurales, según puede deducirse del propio texto legal, de resolución exclusivamente judicial⁸⁹, mediante los procedimientos previstos en la Ley de la Jurisdicción Social. Algo que parece deducirse fácilmente de la regulación contenida en el EBEP. Así, como se ha dicho, las reclamaciones judiciales vinculadas a condiciones de trabajo se dan con más frecuencia en el ámbito individual, mientras que la puesta en práctica de las experiencias de mediación y arbitraje suele arrancar de fórmulas enfocadas hacia los conflictos de naturaleza colectiva⁹⁰.

La definición de que haya de entenderse por conflictos individuales y plurales, en contraposición a los conflictos colectivos, identificables conforme a la jurisprudencia que acabamos de mencionar, la encontramos en diferentes estudios

⁸⁸ Vid. por todas, STS de 18 de octubre de 2016 (rec. 57/2015) y SSTS de 9 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3796) y de 24 de febrero (RJ 1992/1145).

⁸⁹ Vid. Gala Durán, C, “La solución extrajudicial de conflictos...”, op. cit. pág. 503 y Mauri Majós, J., “Los derechos colectivos en el nuevo...”, op. cit. pág. 330.

⁹⁰ Vid. de nuevo Cruz Villalón, J., “La mediación ...”, op. cit. pág. 31, para quien “esa proliferación de microconflictividad individual en el ámbito del empleo público se debe en gran medida a que las representaciones sindicales no encauzan debidamente la conflictividad en el empleo público, dicho de otro modo, es un sistema que no logra homogeneizar el régimen de condiciones de trabajo a nivel suficiente como para colectivizar las discrepancias y, con ello, anuar múltiples reclamaciones individuales idénticas en una sola de carácter colectivo”.

doctrinales. Así, podremos definir los conflictos como individuales o plurales, “según que el interés jurídico en juego o la virtualidad de su resolución afecte a una situación individualizada”, aunque se refiera a un grupo de trabajadores, de forma que no pueda predicarse de ella “una vocación de generalidad, de extensión y aplicación a un grupo homogéneo de trabajadores”, ya que, en este último caso, estaríamos ante un conflicto colectivo, como hemos podido comprobar⁹¹.

b) Conflictos jurídicos y de intereses.

En relación con esta segunda tipología de conflictos, hemos de considerar que el EBEP contempla los dos tipos de conflictos:

- Los *conflictos jurídicos* – considerados como aquellos que derivan de discrepancias en la interpretación o aplicación de una norma preexistente⁹² -, que, en este caso, se identifican con la interpretación y aplicación de Pactos y Acuerdos emanados de la negociación colectiva en la función pública, tal y como se puede deducir de la dicción literal del apartado primero del artículo 45. En el supuesto en que nos encontremos ante Pactos y Acuerdos Mixtos de los previstos en el artículo 38.9 EBEP, hemos de recordar que, como se ha dicho, “los eventuales conflictos que surjan con motivo de esos contenidos podrán ser resueltos por las vías previstas en el artículo 45 EBEP y afectarán no sólo a los empleados públicos funcionariales, sino también a los empleados públicos laborales incluidos en su ámbito de aplicación”⁹³.
- Los *conflictos de intereses*, basados en bloqueos negociales u otro tipo de cuestiones. En ellos el conflicto tiene por objeto “la determinación de la norma que ha de regir en el futuro el aspecto de la relación cuestionado”⁹⁴. Para ellos el artículo 45 reserva los procedimientos de mediación y el arbitraje específicamente, como veremos en el epígrafe siguiente.

En ambos casos, hemos de considerar que las limitaciones materiales de la negociación colectiva en la función pública, lo son también para el contenido de los Pactos y Acuerdos que puedan surgir de dichos procedimientos.

⁹¹ Vid. De Soto Rioja, S., “El arbitraje en los conflictos individuales”, en *Temas Laborales*, nº 70/2003, págs. 328.

⁹² Como ha señalado González Biedma, E., “el conflicto jurídico se suscita con base en una desavenencia cuya solución no exige la modificación de una norma jurídica o pacto en vigor preexistente, cuestionándose solamente cómo la misma debe ser interpretada o aplicada, lo que venía a justificar que tal tarea fuese prevalentemente encomendada a los jueces”; “Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas”, en *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales*, Navarro Nieto, F, (dir.), Junta de Andalucía, 1994, pág. 229.

⁹³ En este sentido, vid. Quintanilla Navarro, Y., “Artículo 45”, op. cit. pág. 359.

⁹⁴ Vid. Martín Valverde, A., “Medios no judiciales de solución...”, op. cit. pág. 19.

3. 4. La organización territorial de los sistemas de solución de conflictos basados en la negociación: la regulación autonómica

Como se ha indicado, el EBEP es “vértice” de un conjunto de normas mucho más amplio que debe ser desarrollado por las Administraciones territoriales dentro de su ámbito de competencia, precisamente por su reconocimiento como norma básica⁹⁵. Por ello, podemos afirmar que el Estatuto que regula el régimen jurídico del empleo público, no puede ignorar la descentralización administrativa que ha tenido lugar en España en las últimas décadas, considerando los tres niveles territoriales de gobierno, estatal, autonómico y local⁹⁶. Reconoce la autonomía territorial para configurar su propia política de personal, constituyéndose en legislación básica, tal y como indica el mandato constitucional del artículo 103.3 y el 149.1.18, en relación con el 149.1.7 de la Constitución Española⁹⁷.

a) *El ámbito Estatal: los Acuerdos interconfederales*

En el panorama de los acuerdos interconfederales, elaborados al amparo del artículo 83.2 del ET, el ASAC (V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales)⁹⁸ excluye de su ámbito de aplicación “los conflictos en los que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos...”. Quedan, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los conflictos en los que sean parte las Administraciones y entidades que conforman el Sector Público y los empleados públicos, tengan una relación administrativa o laboral. Esto ha llevado a considerar que, si el EBEP se ocupa tan sólo de establecer procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que se produzcan entre los funcionarios públicos y las Administraciones o entidades en las que prestan servicios, y el ASAC, que regula procedimientos autónomos de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito laboral, excluye expresamente a los empleados públicos, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y otros entes del denominado Sector Público quedaría fuera del ámbito de aplicación de unos y otros⁹⁹.

⁹⁵ De nuevo Vid. Palomar Olmeda, A., op. cit. supra; y Del Rey Guanter, S., “Empleo público y empleo privado...”, op. cit. p. 101.

⁹⁶ Vid. Exposición de motivos de la Ley 7/2007.

⁹⁷ Vid. de nuevo la Exposición de Motivos donde se indica que “la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina que establece el Tribunal Constitucional”.

⁹⁸ Al cierre de este trabajo, el V ASAC se encuentra denunciado por ambas partes, encontrándose prorrogado por un año en su duración y en proceso de negociación de un nuevo acuerdo, sin que se haya publicado ningún nuevo acuerdo al respecto.

⁹⁹ Vid. Sala Franco, T, “Los derechos colectivos...”, op. cit. pág. 314, quien pone de mani-

Para evitar este vacío en la regulación de los procedimientos, el ASAC permite utilizar el mecanismo de adhesión previsto en la Disposición Adicional Tercera del Acuerdo, cuyo apartado b) se refiere expresamente a los “conflictos entre los empleados públicos y la AGE y organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes”, dejando, por tanto, a la negociación colectiva la posibilidad de adhesión a estos procedimientos¹⁰⁰. Mediante este procedimiento, la adhesión de los colectivos de empleados públicos, a través de la negociación colectiva entre las organizaciones sindicales y las administraciones o entidades, a los procedimientos de solución de conflictos previstos en el ASAC, es posible.

b) El ámbito Autonómico: Estatutos de autonomías, leyes de reordenación del sector público y Sistemas Autonómicos de Solución Extrajudicial de Conflictos.

Cuando hablamos de conflictos colectivos de trabajo y sus medios de solución, no podemos ser ajenos a los problemas que plantea esta libertad organizativa a nivel territorial¹⁰¹, por lo que habremos de referirnos también a la regulación legal y convencional en el ámbito autonómico y, por lo que a nosotros interesa, al de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A este nivel debemos considerar que nuestra Comunidad Autónoma asumió a través de su Estatuto de Autonomía las competencias en materia de “promoción de medios de resolución extrajudicial de conflictos laborales”¹⁰². Y, del mismo

fiesto que “Incluso existe la opinión generalizada que pone en duda la posibilidad de que el ASAC resulte de aplicación al personal laboral del sector público, por entender que las asociaciones empresariales negociadoras de los mismos no representan a las Administraciones Públicas, según ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 21 de diciembre de 1999, Ar. 2000/528 y voto particular de la STS de 7 de octubre de 2004, Ar. 2005/2167).

¹⁰⁰No obstante, para facilitar la determinación del ámbito de aplicación del ASAC, desde la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de la Abogacía General del Estado, a petición del SIMA, se elaboró un listado de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes del Estado, que puede consultarse en la página web de la Fundación SIMA: <http://fsima.es/wp-content/uploads/Entidades-del-sector-público-estatal-excluidas-del-ASAC.pdf>

¹⁰¹Vid. De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo...* op. cit. p. 43, quien pone de manifiesto que “De hecho, una de las situaciones conflictivas más compleja que se sirven en la actualidad en el marco de nuestra comunidad autónoma desde el punto de vista de la situación en la que queda una parte importante del personal de su Administración, tiene mucho que ver con los problemas que generan este tipo de fórmulas organizativas. Muy específicamente cuando se pretende su plena integración o rescate por parte de la Administración territorial matriz, sin que el proceso esté acompañado de una auténtica disolución y liquidación, que es lo que a la postre intenta hacer la muy discutida y controvertida Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, tras haberse promocionado con anterioridad la creación de todo un sinfín de organismos paralelos”.

¹⁰²Artículo 173 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de

modo que lo hace la norma básica (EBEP), aunque de una forma algo más compleja, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía¹⁰³ reconoce la existencia de personal funcionario, laboral y estatutario al servicio del sector público autonómico y considera, con carácter general, la aplicación al personal laboral el “derecho laboral, así como por lo que le sea de aplicación en el Estatuto Básico del Empleado Público”, mencionando especialmente las normas de acceso al empleo¹⁰⁴.

Interesa destacar que la reordenación del Sector Público autonómico llevada a cabo por la Ley 1/2011, de 17 de febrero¹⁰⁵, no exenta de polémica¹⁰⁶, y que vino a modificar la Ley 9/2007, con el objetivo de lograr mayor agilidad y cercanía al ciudadano, va a organizar las distintas entidades vinculadas o dependientes de la Administración de forma novedosa¹⁰⁷. Esta norma incluye dos categorías, por un lado, las agencias, como entidades con personal jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional, y, por otro, las denominadas “entidades instrumentales privadas”, donde se incluyen las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz. Dentro de las agencias, distingue, a su vez, tres tipos:

marzo). Competencia que se encontraba ya asumida por la Comunidad Autónoma Andaluza desde el primer Estatuto de Autonomía y el Decreto de Transferencia de 1982; Real Decreto 4103/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de mediación, arbitraje y conciliación (BOE de 24 de febrero 1983).

¹⁰³ Ley 9/2007, de 22 de octubre (BOJA n 215, de 31 de octubre).

¹⁰⁴ Vid. artículo 67 sobre personal de las agencias administrativas, 70 sobre el personal de las agencias públicas empresariales, art. 74 sobre agencias de régimen especial y artículo 77 para el personal de las sociedades mercantiles del sector público andaluz.

¹⁰⁵ BOE de 3 de marzo de 2011, cuyos antecedentes más inmediatos lo constituyen los Decretos leyes 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, y 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del anterior.

¹⁰⁶ En relación con la constitucionalidad de la norma vid. STC 236/2015, de 19 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra dicha norma. Resulta especialmente interesante también el Voto particular formulado por el Magistrado González-Trevijano, para quien, esta Ley “constituye la manifestación más contundente de un fenómeno que ha sido objeto de abundante debate y crítica por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia administrativa y que se conoce con el nombre de *huída del Derecho Administrativo*, y que no es sino la tendencia creciente de todas las Administraciones públicas configuradas en torno al modelo del Derecho administrativo de corte continental-napoleónico, de recurrir de manera indiscriminada a órganos, procedimientos y técnicas de Derecho privado para el desarrollo de sus funciones, y que, alegando razones de pretendida “eficacia” en la actuación, pueden eludir *de facto o de iure* los controles y garantías propios del Derecho administrativo”.

¹⁰⁷ Vid. Viñuales Ferreiro, S., “La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (a propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre)”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n 181, 2016.

- agencias administrativas (anteriormente organismos autónomos),
- agencias públicas empresariales (antes entidades de derecho público)
- y agencias de régimen especial (nueva categoría que engloba a aquellas agencias que ejercen autoridad y requieren especialidades en su régimen jurídico).

Con el objetivo de llevar a cabo la promoción de los medios de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito autonómico, se crea en 1996 el Servicio de Resolución de conflictos laborales en Andalucía (SERCLA)¹⁰⁸ que extiende su ámbito de aplicación “al marco territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y será de aplicación tanto a conflictos colectivos como individuales”. En relación con los empleados públicos, sigue al sistema interconfederal del ASEC cuando indica que se dirige a los conflictos que puedan surgir entre “trabajadores y empresarios” que desarrollen su actividad en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹⁰⁹; si bien, en este caso, añade el propio Acuerdo “sin perjuicio de las especificidades previstas para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía”¹¹⁰. Es interesante destacar cómo en el Acuerdo sobre el Sistema SERCLA, toma parte la Administración Autonómica, no ya solo como promotor público del sistema¹¹¹, sino como parte que pretende garantizar los compromisos que se deriven para la Junta de Andalucía, de los acuerdos suscritos. Así, se incluye también una Disposición Adicional Única en el Reglamento que establece que “cuando el procedimiento instado se refiera a un conflicto colectivo y afecte al personal laboral de la Junta de Andalucía, en atención a la naturaleza y marco legal del conflicto, la Administración Autonómica podrá designar personal mediador de la Comisión de Conciliación-Mediación

¹⁰⁸ Creado al amparo del Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 3 de abril de 1996 (BOJA nº 48, de 23 de abril) y renovado recientemente por Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía, suscrito con fecha 7 de enero de 2015 y publicado por Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales (BOJA de 9 de febrero de 2015).

¹⁰⁹ Vid. Estipulación tercera del Acuerdo.

¹¹⁰ Vid. en relación con la inicial exclusión del personal laboral al servicio de las administraciones públicas y sus causas, el interesante estudio de Calvo Gallego y Candau Camacho, “Personal laboral de las Administraciones Públicas y sistemas privados de solución de conflictos creados al amparo del artículo 83 ET: en especial, el caso andaluz”, en el libro colectivo *Mediación para la resolución de conflictos...*, op. cit. pp. 236 y ss.

¹¹¹ La Disposición adicional segunda del Acuerdo establece que “por la Administración Autonómica se facilitarán los medios materiales y personales que garanticen la efectividad de los procedimientos de conciliación-mediación y de arbitraje previstos en el presente Acuerdo. A tal efecto, la gestión del SERCLA se efectuará a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)”.

en sustitución de los que procediera designar por la organización empresarial firmante del Acuerdo, siguiéndose en lo demás los trámites y efectos previstos en este Reglamento”. De acuerdo, por tanto, con esta regulación, los empleados públicos con relación laboral tienen la opción de someterse al procedimiento de mediación conforme al Reglamento del SERCLA, en las mismas condiciones que el resto de trabajadores incluidos en el ámbito territorial y funcional de aplicación del Sistema.

Con esta cláusula y la firma del Acuerdo por parte de la Administración Autónoma se pretendieron salvar los problemas de legitimación, a la hora de considerar cómo debe llevarse a cabo la representación de la Administración pública en la firma de estos acuerdos. Pues lo que viene negando la jurisprudencia es que las asociaciones empresariales más representativas puedan asumir la representación de una Administración¹¹² en la firma de los acuerdos. Por ello, la solución a este problema pasa porque sea la Administración quien firme el acuerdo con las organizaciones sindicales representativas. En este caso, se convierte en un Acuerdo tripartito.

En cuanto al ámbito funcional del SERCLA, el Acuerdo es relevante por la amplitud de su ámbito funcional, siendo de aplicación tanto a conflictos laborales colectivos como individuales, incluyendo tanto conflictos jurídicos como de intereses o económicos. Utiliza la técnica de la enumeración de los conflictos que se entienden incluidos en su ámbito funcional, sin regular exclusiones.

Ahora bien, quedaría pendiente la cuestión del tratamiento diferenciado o conjunto de los conflictos de personal laboral y personal funcionario. No parece conveniente mezclar la solución de ambos conflictos, salvo que se trate de conflictos mixtos de personal laboral y funcionario¹¹³, por lo que, mientras exista distinción en los regímenes jurídicos de ambos, procede que los conflictos de unos y otros discurren por procedimientos diferenciados¹¹⁴.

¹¹² Vid. STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 528/2000). Vid. también en este sentido Sala Franco, T., “Los derechos colectivos de los empleados públicos”, op. cit. pág. 314.

¹¹³ Los conflictos mixtos se asimilarían a los acuerdos mixtos previstos en el artículo 38 EBEP conforme al cual “los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral”.

¹¹⁴ Vid. Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución...”, op. cit. pág. 56, para quien “dado que el régimen jurídico de referencia es diverso...su forma de exteriorización (refiriéndose al conflicto) necesariamente ha de ser diversa, al mismo tiempo que distintos será necesariamente el soporte formal del acuerdo a través del cual se especifique la solución ente las partes”.

c) El nivel Local y el resto de entidades y empresas del sector público

Este quizás haya sido el más problemático, y donde la exigencia y necesidad de igualar los regímenes jurídicos del personal laboral y funcionario ha sido mayor¹¹⁵ precisamente por el efecto contagio. Recordando que los sistemas de solución de conflictos autonómicos se aplican a todo el territorio de la Comunidad Autónoma y que el reglamento del SERCLA no excluye, como hemos visto, los conflictos colectivos en los que sea parte una Administración, hemos de considerar la aplicación al personal laboral de las entidades locales, siempre que exista acuerdo entre la Administración y las organizaciones sindicales representativas.

4. LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EN EL SECTOR PÚBLICO: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

No podemos negar las ventajas que ofrecen los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del sector público en general, y de las relaciones laborales de los funcionarios, en particular. Sin duda alguna, aportan más celeridad al procedimiento – frente a la duración dilatada en el tiempo de las soluciones que pueda aportar un procedimiento contencioso-administrativo sobre estas materias – y mayor flexibilidad en cuanto a la forma de abordar el conflicto – dejando atrás la rigidez de la norma procesal que puede llevar a que el resultado sea dejar la cuestión imprejuizada por no llegar a entrar al fondo del asunto –¹¹⁶. Y, por el hecho de haber sido aceptados por ambas partes, a través de un compromiso previo, gozan también de mayor efectividad¹¹⁷ y permiten reducir la conflictividad¹¹⁸.

Sin embargo, coincidimos con quienes han afirmado que los sistemas de solución extrajudicial de conflictos no han de representar solo una alternativa al sistema judicial y administrativo, sino que han de constituir un “sistema com-

¹¹⁵ Vid. Palomar Olmeda, A., op. cit. pág. 24, para quien “la mínima igualación de regímenes jurídicos constituye una clara exigencia de gestión que ha sido muy perceptible en el ámbito local en el que los continuos deseos de establecer un régimen uniforme han chocado con la normativa legal a la que finalmente se le han “buscado las vueltas” para conseguir que el régimen y los derechos de los empleados públicos de una misma organización tuvieran una cierta igualdad... sin embargo, es lo cierto que la inclusión en el ámbito del EBEP de ambos tipos de relaciones jurídicas no se ha efectuado en condiciones de igualdad total”.

¹¹⁶ Así lo expresa Cruz Villalón, J., “La mediación...”, op. cit. págs. 31 y 32.

¹¹⁷ De nuevo Cruz Villalón, J., op. cit. pág. 33 y Gala Durán, C., “La nueva regulación...”, op. cit. pág. 672.

¹¹⁸ Vid. Gala Durán, C., “La nueva regulación...”, op. cit. pág. 672 y Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, MAP, 1991, pág. 31.

plementario” a las vías judicial y administrativa “que ocupe su propio espacio y desarrolle sus propias potencialidades”¹¹⁹. Deben integrarse, por tanto, en la propia negociación colectiva, constituyendo una herramienta necesaria ante el bloqueo negocial¹²⁰.

Centrándonos en el régimen jurídico de la solución de conflictos en el Sector Público, hemos de partir de la idea de que, dada la amplitud del concepto y la diferente tipología del personal que lo conforma, deberemos, en primer lugar, situarnos en el ámbito más restringido del EBEP, para ampliar después la información a los supuestos no incluidos en el mismo, pero que integran el denominado Sector Público.

El Estatuto se refiere en su artículo 45, como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, a la Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos, indicando en primer lugar que “con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, 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”. Acudiendo, por tanto, a las Comisiones Paritarias como actores principales de la interpretación y solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas convencionales, con la única excepción de las materias para las que exista reserva de ley (art. 45.2).

Así, resulta lógico la regulación de este medio de solución basado en las comisiones paritarias, por cuanto una de las cuestiones que puede suscitar con-

¹¹⁹ Vid. Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública”, en el libro colectivo *Mediación para la resolución...*, op. cit. pág. 29. Vid. también el interesante estudio de Rosa Moreno, J., “Encuadre jurídico-administrativo de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos”, en el mismo libro colectivo, op. cit. págs. 112 y 113, que se refiere en particular a las técnicas dirigidas a resolver el conflicto, distinguiendo entre aquellas que operan antes de que el conflicto llegue a instancias heterocompositivas – técnicas filtro –y técnicas complementarias, dirigidas a resolver el litigio a través de instancias no jurisdiccionales, que operan de forma heterocompositiva y alternativa, aunque no excluyente, a la jurisdicción contenciosa.

¹²⁰ Vid. de nuevo Cruz Villalón, *ibidem*, para quien son sistemas que no se relacionan con la actividad jurisdiccional, sino que entroncan con la negociación colectiva... se trata de propiciar la negociación colectiva, reforzarla y, en su caso, servir de útil herramienta para superar las situaciones de bloqueo”. En el mismo sentido se pronuncia Del Rey Guanter, S., *La resolución extrajudicial...*, op. cit. pág. 77, quien criticaba al sistema de la LORAP que no existiese una mínima correlación entre el proceso negocial, huelga y mediación. Hablaba de “invertebración del proceso negocial” que hace de la mediación prevista “una especie de figura atemporal sin coordenadas claras de actuación”.

flictividad en el ámbito de las relaciones laborales – públicas o privadas – tiene que ver con la interpretación y aplicación de los resultados de la negociación colectiva¹²¹. La creación de estas Comisiones se recoge en el artículo 38.5 EBEP, tiene carácter obligatorio y se les atribuyen funciones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos, así como aquellas otras que las partes determinen. En clara asimilación al régimen jurídico previsto en el Estatuto de los Trabajadores, el EBEP también deja a las partes la determinación de su composición, que habrá de ser, eso sí, paritaria.

No indica el Estatuto nada acerca de la eficacia jurídica de los acuerdos adoptados por las citadas Comisiones en caso de conflicto de interpretación o aplicación de los Pactos o Acuerdos, por lo que la doctrina mayoritaria ha venido atribuyendo a dichos acuerdos la misma eficacia de los pactos y acuerdos colectivos regulados en el artículo 38¹²², siempre que respeten, entendemos, los requisitos de legitimación que se exigen para aquellos.

Si la actuación de las Comisiones paritarias fracasara y no lograra llegarse a un acuerdo, quedaría abierta la vía de solución extrajudicial de conflictos recogida en el artículo 45.3, que se refiere a dos procedimientos¹²³:

- una mediación, obligatoria cuando lo solicite una de las partes;
- y un arbitraje, voluntario si así lo acuerdan las partes.

Como vemos, lo que el artículo 45 parece diseñar son dos procedimientos distintos, o dos mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos colectivos. Y ello por cuanto utiliza la expresión “con independencia de” las atribuciones a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38. De este modo, tendríamos, por un lado, el diseño de un mecanismo de solución de conflictos colectivos que surjan de la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos previstos en el artículo 38, cuyo procedimiento será el establecido, con carácter general, en ese precepto. Y, por otro, un sistema o sistemas que voluntariamente podrán

¹²¹ Vid. en relación con el origen y la regulación de las Comisiones Paritarias en relación con los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales, MONTOYA MELGAR, A., “Las Comisiones Paritarias”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 123, 2016, págs. 97 y ss.

¹²² Vid. MAURI MAJÓS, J., “Los derechos colectivos en el nuevo...”, op. cit. pág. 329; teniendo en cuenta que “su validez y eficacia quedará condicionada a los mismos trámites y condiciones que se exigen para la aprobación de los pactos y acuerdos”.

¹²³ Vid. a este respecto la crítica a esta limitación de procedimientos por DEL REY GUANTER, S., *Los medios extrajudiciales...*, op. cit. pág. 77 para quien “si la experiencia comparada nos enseña algo, es precisamente la necesidad de que se diversifique y pluralicen tales medios extrajudiciales para que puedan elegirse y adaptarse los mismos en relación a circunstancias siempre distintas y cambiantes”.

acordar las Administraciones y las organizaciones sindicales, integrados por los procedimientos de mediación y arbitraje, con los condicionantes que establece el apartado tercero de este precepto.

Así, el EBEP deja atrás la conciliación como medio de solución extrajudicial de conflictos, lo que podemos entender por su conexión, en nuestro derecho positivo, con el proceso jurisdiccional, bien como presupuesto procesal, bien como un elemento que opera dentro del mismo¹²⁴

Como decimos, el artículo 45 no es muy claro en la expresión de cómo han de relacionarse ambos mecanismos, por lo que lo lógico sería pensar en una concatenación de los mismos¹²⁵, en un orden lógico que permita integrar los sistemas de solución extrajudicial en la negociación colectiva¹²⁶, como hemos dicho.

Algún sector doctrinal ha manifestado su opinión favorable a esa concatenación u orden lógico que debería formar parte del contenido del acuerdo a que se refiere el artículo 45.1. Así, las partes deberán definir una estructura de medios de solución de conflictos y el desarrollo reglamentario a que se refiere el apartado quinto establecerá los procedimientos correspondientes, considerando que el contenido de este reglamento también habrá de acordarse con las “organizaciones sindicales representativas”¹²⁷. Sin embargo, no podemos confiar en que ese desarrollo reglamentario, a pesar de la habilitación que contiene el apartado quinto del artículo 45, se vaya a producir, ya que desde 2007, salvo error u omisión, esto no ha tenido lugar. Idéntica fue la opción de la anterior LORAP y ese desarrollo nunca llegó a producirse. Por esto, consideramos que sería conveniente dejar más espacio a la negociación, ya que, dado que el acuerdo con las organizaciones representativas es preceptivo, nada podría impedir que los acuerdos de “creación, configuración y desarrollo” de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito de las administraciones públicas contuvieran el reglamento de funcionamiento de dichos sistemas con los procedimientos necesarios para

¹²⁴ Vid. en este sentido Rosa Moreno, J., “Encuadre jurídico-administrativo de la mediación...”, op. cit. pág. 113.

¹²⁵ Apreciando una clara conexión entre el 38.7 y el 45 EBEP, vid. Gala Durán, C, “La solución extrajudicial...”, op. cit. pág. 513, “lo que excluye... el recurso al mecanismos de la conciliación, dejando abiertas únicamente las vías de la mediación obligatoria y el arbitraje”.

¹²⁶ Vid. en una línea similar, pero referida a la relación entre la mediación y el arbitraje en el V ASAC, Fernández-Costales Muñiz, F., “Aproximación doctrinal al V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales y su renovación”, en *Balance del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales y perspectivas de futuro*, CEOE-Fundación SIMA, 2016, pág. 44, para quien un reto o mejora de los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en el ASAC debería ser la “articulación de forma conveniente de la coexistencia de ambos sistemas, como podría ser, por ejemplo, establecer un sistema escalonado, resultando primero obligatoria la mediación y, en caso de fracaso, abrir la posibilidad al arbitraje”.

¹²⁷ Vid. en este sentido Mauri Majós, J., “Los derechos colectivos...”, op. cit. pág. 330.

su aplicación¹²⁸. Se produciría, de este modo, una invasión legítima del ámbito del reglamento por la propia negociación colectiva o por los pactos y acuerdos de las partes legitimadas para ello, de forma que la autonomía colectiva en el ámbito del sector público iría conformando su propio espacio, tal y como sucede en el sector privado¹²⁹.

Por otro lado, considerando la descentralización territorial de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, habremos de considerar las competencias de las Comunidades Autónomas para desarrollar las previsiones del EBEP al respecto. En efecto, precisamente por su carácter básico, no encontramos ningún elemento que impida a las Comunidades Autónomas desarrollar sus propios procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos aplicables al sector público¹³⁰, o bien, integrar este ámbito dentro de los procedimientos ya existentes, como sucede con la Comunidad Autónoma Andaluza; respetando siempre las limitaciones establecidas en el artículo 45 EBEP¹³¹.

Otro aspecto del apartado primero del artículo 45 que ha generado dudas es la referencia a las “organizaciones sindicales”. Mientras que en el apartado 5 el legislador se refiere específicamente a las “organizaciones sindicales representativas” para poder acordar el desarrollo reglamentario, aquél nada dice al respecto. Esto ha llevado a algunos autores a considerar que el acuerdo para la creación, configuración y desarrollo de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos, firmado entre una Administración Pública y un sindicato, aunque sea minoritario, sería válido y vincularía a todos los de su ámbito de aplicación¹³². Sin embargo, nos inclinamos por considerar que deberían respetarse las reglas de legitimación para negociar que recoge el propio capítulo IV del Estatuto, dado

¹²⁸ En la misma línea se pronuncia Gala Durán, C., “La solución extrajudicial de conflictos...”, op. cit. pág. 502, quien se pregunta “si resulta conveniente que sea la propia LEBEP la que regule tales medios extrajudiciales y si no hubiera sido más acertado dejar esta cuestión, única y exclusivamente, en manos de la autonomía colectiva, sin ningún tipo de intervención legal”.

¹²⁹ Sin olvidar, por supuesto, el requerido respeto a la Ley que regula el régimen jurídico de los funcionarios ex artículo 103. Vid. en relación con el alcance relativo de la reserva de ley y el juego de otras fuentes normativas como los convenios colectivos STC 1/2003, de 16 de enero, f.3.

¹³⁰ A favor del desarrollo por las Comunidades Autónomas, vid. de nuevo Gala Durán, C., *ibidem*. Vid. también STC 1/2003 y 37/2002, conforme a las cuales, el carácter básico de la Ley que regule el régimen jurídico de los funcionarios, no excluye la regulación de estas materias por las Comunidades Autónomas “mediante su actividad legiferante en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica”.

¹³¹ Recordemos que uno de estos límites se refiere a la imposibilidad de incluir conflictos individuales, tal y como hemos advertido anteriormente, así como materias sobre las que exista reserva de ley.

¹³² Vid. de nuevo, Gala Durán, C., “La solución extrajudicial de conflictos...”, op. cit. pág. 506.

que el precepto se refiere a “las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo”¹³³. A lo que podemos añadir una razón de fondo, pues la eficacia de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos se basa precisamente en su aceptación voluntaria por las partes, de forma que la imposición de un procedimiento que no cuente en su negociación con la participación de todas las organizaciones sindicales representativas, conforme al ámbito de aplicación, es posible que tenga dificultades en su aplicación.

4. 1. La mediación en los conflictos en el Estatuto Básico del Empleado Público

Una de las cuestiones más importantes que deberemos considerar al tratar este tema objeto de nuestro estudio es que cualquier medio de solución extrajudicial de conflictos, para ser admitido como de aplicación a las Administraciones Públicas, dado su sometimiento al principio de legalidad, deberá estar expresamente regulado o autorizado por la normativa que regule la relación funcional¹³⁴. De este modo, el Estatuto Básico del Empleado Público contempla un régimen jurídico específico para la negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas – entendiendo por tales las que aparecen definidas en los primeros preceptos de la norma ya comentados – del que deriva un procedimiento también específico de solución extrajudicial de conflictos. El apartado tercero del artículo 45 del EBEP, siguiendo el modelo de la LORAP, se refiere a la mediación y el arbitraje como procedimientos que integran los sistemas mencionados en el apartado primero.

La mediación puede definirse como “el medio extrajudicial en el que un tercero interviene en el marco de una controversia con la finalidad de servir de vía e incentivo para la comunicación de las partes en conflicto, poseyendo asimismo la capacidad de emanar recomendaciones sobre el fondo de la controversia, esto es, de emitir una opinión sobre cuál es la posición que, a su juicio, debería prevalecer como solución de aquella”¹³⁵. De este modo, el tercero busca la solución y

¹³³ Vid. Quintanilla Navarro, Y., “Artículo 45”, op. cit. pág. 360.

¹³⁴ Vid. Cruz Villalón, J., “La mediación en la solución de conflictos...”, op. cit. pág. 35, entendiendo el término estatal “en el sentido de norma proveniente de los poderes parlamentarios, sean éstos de ámbito estatal en el sentido estricto del término o lo sean de ámbito autonómico... tan sólo es viable articular un sistema de mediación y arbitraje en los conflictos laborales correspondientes a la función pública, en la medida en que ello venga explícitamente contemplado en la legislación funcional de aplicación... es imprescindible que el correspondiente sistema venga autorizado y diseñado en lo básico por la legislación funcional de aplicación”.

¹³⁵ Así la define Gala Durán, C., “La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas”, en el libro colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Varios Autores, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen II, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2009, página 678.

la propone a las partes en conflicto, que deberán considerar si la aceptan o no¹³⁶. Los caracteres que ha de reunir el mediador, para poder ganar la confianza de las partes en el sistema serán su “independencia, neutralidad y profesionalidad, referida esta última al conocimiento y dominio de la materia sobre la que versa la cuestión conflictiva”¹³⁷.

Creemos que es posible afirmar, sin miedo a equivocarnos que, si la mediación se produce con esas garantías de reconocimiento, será sin duda más efectiva que ningún proceso de conciliación e incluso que el ya conocido arbitraje laboral.

Centrándonos en la regulación del EBEP, hemos de apreciar que esta norma propone un sistema de mediación sobre la base de una premisa de obligatoriedad. “La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes”, siendo voluntaria, en cambio, la aceptación de la solución que ofrezca el mediador. Por otro lado, nada dice el Estatuto sobre la figura del mediador, dejando amplio margen a las partes o al desarrollo reglamentario para decidir si se tratará de una o varias personas – pues la referencia al mediador o mediadores en la norma no parece impedir esta última opción¹³⁸ -, las formas de nombramiento, etc.

Finalmente, indica el artículo 45.4 que el acuerdo logrado tendrá la misma eficacia jurídica y habrá de seguir los procedimientos de tramitación correspondientes a los Pactos y Acuerdos que se regulan en Capítulo IV. Para ello, será requisito indispensable que quienes hayan adoptado el acuerdo de mediación tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP.

Otro de los requisitos que exige la tramitación de los Pactos y Acuerdos, conforme al artículo 38, es el de la aprobación o ratificación por los órganos de gobierno de las Administraciones con las que se negocia¹³⁹. Esto constituye una práctica común en la Administración Pública, pero resulta bastante irregular y casi incomprensible desde el punto de vista de la lógica de los procedimientos de solución de conflictos. Y ello por cuanto se condiciona la validez del acuerdo a su aprobación por una de las partes en conflicto. Esto, podríamos decir, contraviene las reglas más básicas de la negociación y de la solución extrajudicial de conflic-

¹³⁶ Vid. Martín Valverde, A., “Medios no judiciales...”, op. cit. pág. 20.

¹³⁷ Rivero Lamas, J., “Prólogo del libro La Mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico” de Santor Salcedo, H., La Ley, Madrid, 2006.

¹³⁸ Algunos autores han ido más allá incluso, interpretando que la norma podría admitir la actuación simultánea o sucesiva de los mediadores. Vid. Gala Durán, C., “La solución extrajudicial...”, op. cit. pág. 519.

¹³⁹ De esta manera, indica Mauri Majos, J., op. cit. pág. 317, citando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que “lo que se producirá a través de un pacto será una resolución administrativa de carácter general, mientras que la naturaleza jurídica del acuerdo colectivo ratificado por el órganos de gobierno sería ordinariamente la de una disposición o reglamento”.

tos, que se basan en la buena fe de las partes en el momento de la negociación y el equilibrio en sus posiciones¹⁴⁰.

Una vez ratificados, y sólo en este caso, si las materias sobre las que versa el acuerdo pueden ser decididas por el órgano de gobierno de la Administración, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en el ámbito de aplicación del acuerdo. También habrá de darse publicidad al acuerdo o pacto, remitiéndolos a la Oficina Pública que cada Administración determine y la autoridad competente ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda. Este requisito de publicidad también ha sido criticado por algún sector de la doctrina al considerar que la publicidad del acuerdo puede afectar a su eficacia. Por otro lado, otorga a la mediación una formalidad que no tiene, pues, por naturaleza, es un medio de solución autónomo que precisamente pretende huir de los formalismos procesales propios de la administración judicial. No obstante, interesa resaltar que el requisito de publicidad afectará solo al “pacto o acuerdo, una vez ratificado”, por lo que las posibles propuestas del mediador no serían públicas, respetando así la confidencialidad de las mismas¹⁴¹; y cumpliendo con las exigencias constitucionales de control y transparencia en la actuación de las administraciones públicas¹⁴².

El segundo límite lo constituye, por tanto, la materia sobre la que versa el acuerdo, ya que, si existiese reserva de ley, su competencia correspondería a las Cortes Generales o a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y, por tanto, su eficacia no será directa, como sucede en el supuesto anterior. En este caso, el EBEP propone como solución que el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa, proceda a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o asambleas legislativas correspondientes, del proyecto de ley conforme al contenido del Acuerdo.

También se prevé un supuesto de renegociación, para el caso en que el órgano de gobierno no llegue a ratificar el Acuerdo o, exista una negativa expresa a incorporar lo acordado al proyecto de ley correspondiente. Para que exista renegociación del conflicto deberá solicitarlo, al menos, la mayoría de una de las partes, y el plazo para iniciar el proceso será de un mes (art. 38.3 EBEP).

¹⁴⁰ De nuevo, en relación con la referencia a la posición de equilibrio de las partes, Gala Durán, C., op. cit. pág. 513.

¹⁴¹ Vid. de nuevo Gala Durán, C., “La solución extrajudicial...”, op. cit. pág. 518.

¹⁴² Recordemos que, al tratarse de una administración pública, la solución de conflictos “debe conjugarse con la necesidad de control, con la existencia de formalidades y de transparencia y la atención a valores y principios que la Constitución impone a los poderes públicos”; vid. en este sentido, Escartín Escudé, V., “El arbitraje y otros medios...”, op. cit. pág. 103.

Si finalmente y tras haber cumplido todos estos trámites, no es posible lograr un acuerdo ni en la negociación, ni en la renegociación, el apartado 7 del artículo 38 habilita a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas para establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. Aspecto éste muy criticado por la mayoría de la doctrina, por las razones que ya hemos avanzado¹⁴³ y que tienen que ver con una negociación en la que las partes estén en posiciones equilibradas; y negociar con la amenaza de la imposición de unas condiciones de trabajo si los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto fracasan, no ayuda a cumplir con este requisito.

Ahora bien, el artículo 38.7 requiere que no haya acuerdo y que “se hayan agotado los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos”. Por tanto, el deber de negociar por parte de la Administración exige la predisposición a negociar, la asistencia a la mesa de negociación y la realización de un serio esfuerzo por convenir¹⁴⁴, y, en caso de no poder llegar a un acuerdo, deberían agotarse los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Esta previsión ha permitido a algunos autores interpretar que también podrá acudir, por ejemplo, a un procedimiento de arbitraje, si la mediación ya se ha intentado y ha fracasado. Lo que no está tan claro es si, en caso de renegociación por falta de ratificación por el órgano de gobierno, se podría volver a aplicar el procedimiento de mediación, incluso si ya se hubiera mediado con anterioridad, evitando de este modo la aplicación del art. 38.7. Entendemos que sí sería posible ya que al cambiar el escenario, debería volver a intentarse el acuerdo sobre estas premisas.

Para finalizar, el artículo 45 recoge una regla común de impugnación de acuerdos que tendremos ocasión de analizar en el siguiente epígrafe.

4.2. El arbitraje como procedimiento voluntario

El arbitraje se puede definir como “un método heterónomo de solución extrajudicial del conflicto laboral por medio del cual, las partes acuden a un tercero – árbitro – en quien delegan la resolución del conflicto”¹⁴⁵. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la mediación, el arbitraje previsto en el EBEP es un procedimiento de carácter voluntario, por el que las partes “acuerdan someter a

¹⁴³ No son pocos los autores que han considerado esta opción legal como un error. Vid. por todos, Gala Durán, C., “La solución extrajudicial de conflictos colectivos...”, op. cit. pág. 511, para quien “la obligatoriedad o voluntariedad de los sistemas de solución de conflictos que son, sin duda, sistemas de autonomía colectiva, se ha de dejar a disposición de las partes que pueden pactar su adopción siempre que lo consideren conveniente en los correspondientes instrumentos colectivos o, alternativamente, disponer su activación ante cada conflicto específico concreto”.

¹⁴⁴ Vid. Mauri Majós, J., “Los derechos colectivos en el nuevo...”, op. cit. pág. 303.

¹⁴⁵ Vid. Pérez Camós, A., “El arbitraje laboral”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 123, 2016, pág. 134.

un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido del mismo”. De nuevo, nada dice el EBEP sobre cómo haya de nombrarse el o los árbitros del sistema, ni el procedimiento para suscribir el compromiso arbitral, que quedará en el contenido del acuerdo y en el desarrollo reglamentario, si llegara a producirse. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la mediación en la que sí aparece una referencia a los mediadores en plural, el precepto del EBEP sólo se refiere a un tercero, en singular, pero, dado que el legislador tampoco concreta la forma en que habrá de nombrarse, no parece que hubiera inconveniente en que el arbitraje recayera en más de una persona; eso sí, con una actuación conjunta – colegio arbitral – y no sucesiva, ya que, en este caso, el laudo es de obligado cumplimiento.

Contra la decisión arbitral cabe recurso en el caso de que “no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto”, por lo que habrá que estar a lo que disponga el posible reglamento de desarrollo o el acuerdo de las partes en el que aparezca descrito el procedimiento. También se podrá impugnar el laudo arbitral si “la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión” o si el laudo contradice la legalidad vigente. Estos tres motivos permitirían la impugnación de la decisión arbitral. Puesto que el artículo 45 EBEP es de exclusiva aplicación a los funcionarios, este recurso se presentará ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS Y LAUDOS: LÍMITES Y PROBLEMAS

Como hemos tenido ocasión de analizar, conforme al artículo 45 del EBEP, los acuerdos logrados a través de la mediación o de la resolución de arbitraje “tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran aceptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o un Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto”. De este modo, el EBEP condiciona la eficacia del acuerdo de mediación o del laudo arbitral al cumplimiento de cuatro requisitos.

El primero de ellos es el de la legitimación de las partes que han aceptado el acuerdo de mediación o que han suscrito el compromiso arbitral. Solo si las partes en cuestión tienen la legitimación suficiente para negociar un Pacto o Acuerdo en el ámbito funcional y territorial correspondiente, el acuerdo o laudo tendrá eficacia.

El segundo requisito, que también hemos tenido ocasión de mencionar más bien como un límite, lo establece el artículo 45 del EBEP en su apartado segundo

y se refiere a la materia objeto de negociación. Este precepto considera que las materias sobre las que exista reserva de ley, no podrán ser objeto de pacto o acuerdo, incluso derivado de los procedimientos de solución extrajudiciales de conflictos. Y es que la disponibilidad material es también un presupuesto de la operatividad de estos medios de solución de conflictos¹⁴⁶, y el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad es una exigencia constitucional. Este límite constituye una dificultad añadida, pues el legislador no enumera las materias sobre las que existe reserva de ley, con lo que el mediador o árbitro tendrá que considerar este aspecto para evitar que la solución al conflicto resulte finalmente invalidada¹⁴⁷.

El tercer y cuarto requisitos se recoge en las normas sobre la negociación de los Pactos y Acuerdos, y hemos tenido ocasión de mencionarlos ya. Se trata del requisito de publicidad (art. 45.6) y de la necesidad de que dichos acuerdos o resoluciones arbitrales sean ratificados por el órgano de gobierno de la Administración Pública en cuestión.

Los problemas que ha venido planteando este último requisito de ratificación se han centrado en su aplicación no ya a los funcionarios públicos, sino también a los empleados públicos cuya relación con la Administración es de naturaleza laboral.

La reforma del artículo 32 del EBEP como consecuencia de la promulgación del Real Decreto Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, supuso la inclusión de un requisito para la eficacia de los convenios colectivos y acuerdos que afectasen al personal laboral del Sector Público. De este modo, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas competentes por razón del ámbito funcional y territorial del acuerdo o convenio colectivo, podrán suspender o modificar el cumplimiento de un convenio colectivo o acuerdo ya firmado, de forma excepcional, si apreciaren una causa grave de interés público “derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas”. Se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de tales alteraciones “cuando las Administraciones Públicas de-

¹⁴⁶ Vid. Rosa Moreno, J., “Encuadre jurídico-administrativo...”, op. cit. pág. 115, al hilo de la referencia a materias no susceptibles de transacción.

¹⁴⁷ A lo que podríamos añadir algunos aspectos novedosos de reserva a la jurisdicción social, tal es el caso de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, que establece una reserva específica al reconocimiento de la condición de indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas y entidades que conforman el Sector Público instrumental. Así, los órganos de personal de éstas “no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial”; por lo que esta materia tampoco podrá ser objeto de acuerdo por la vía de la conciliación, mediación o arbitraje.

ban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público”. La misma previsión se contiene para el personal funcionario en el artículo 38.10 EBEP.

Esta limitación a la eficacia de los pactos y acuerdos o convenios colectivos con las Administraciones Públicas afecta también a los acuerdos adoptados o los laudos arbitrales dictados en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Y por su aplicación tanto al personal laboral como a los funcionarios públicos, hemos de entender que la aplicación de estas cláusulas afectará a acuerdos o laudos adoptados en el marco de la solución extrajudicial de conflictos en las que sea parte una Administración Pública o cualquier entidad perteneciente al Sector Público.

Analicemos bien esta limitación. En primer lugar, no podemos olvidar que el uso de esta fórmula parte de una situación en la que la Administración Pública tenga que adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. Por lo que habremos de estar a lo que establezcan las normas presupuestarias, que como regla general tienen carácter anual, para saber si el acuerdo tendrá o no eficacia¹⁴⁸.

En segundo lugar, la norma habilita a la Administración para suspender o modificar el cumplimiento del convenio o acuerdo, pero no para anularlo definitivamente. Esto nos lleva a pensar en una situación temporal que requerirá, antes o después, una reposición del acuerdo suspendido o modificado. Sin embargo, nada dice la norma de este procedimiento que podría generar un nuevo conflicto.

Y, en tercer lugar, las materias que pueden resultar afectadas son muchas, ya que prácticamente todas las condiciones de trabajo tienen repercusiones de carácter económico. Nos referimos así a la materia salarial, por supuesto, pero también al tiempo de trabajo o a la oferta pública de empleo¹⁴⁹.

Esta regulación fue criticada por la doctrina en defensa de la negociación colectiva, si bien el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad, me-

¹⁴⁸ Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 5/2012, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, que establece un doble control basado en un informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública sobre los componentes retributivos, así como sobre los parámetros que permitan valorar la incidencia financiera de las actuaciones en las que debe enmarcarse la negociación, previo al comienzo de las negociaciones. Y un segundo informe vinculante que se emitirá tras el acuerdo, pero con carácter previo a la firma y formalización de los mismos.

¹⁴⁹ Vid. De Soto Rioja, S., “Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el Sector Público”, en *Temas Laborales*, nº 120, 2013, pág. 536.

diante la Sentencia 81/2015, de 30 de abril, por considerar que la primacía de la ley sobre la negociación también se extendía a supuestos como el presente¹⁵⁰.

6. CONCLUSIONES: HACIA UN MODELO ÚNICO E INTEGRADO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

Tras el análisis de algunas de las cuestiones más importantes en la implantación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público, es posible concluir la necesidad de elaborar un régimen jurídico único para resolver los conflictos laborales tanto del personal funcionario como del personal laboral en este ámbito.

Tanto los procesos de externalización y gestión privada de los servicios públicos como la cada vez más elevada contratación de personal en régimen laboral en las Administraciones y entidades que conforman el Sector Público, han modificado la forma en que percibimos la regulación de las relaciones laborales en este sector. Sin duda, aceptando que estos fenómenos organizativos se han instalado para quedarse, es preciso regular el nuevo sistema de relaciones laborales de forma que sea posible reducir la conflictividad laboral y acercar posturas entre los empleados públicos y sus empleadores.

Muchas han sido las críticas de la doctrina iuslaboralista en relación con la dualidad de órganos de representación que llevan a que en las Administraciones Públicas no exista una única negociación con los trabajadores a su servicio. No en vano, el EBEP trató de paliar algunas de estas diferencias, reconociendo a los empleados públicos un mismo estatuto jurídico con unas normas comunes que debían regir sus relaciones laborales. Sin embargo, podemos observar cómo en el ámbito de la negociación colectiva y de la solución de conflictos, ello no es así, aumentando, en consecuencia, la conflictividad e impidiendo, en cierto modo,

¹⁵⁰ Vid. de nuevo De Soto Rioja, S., “Legislación presupuestaria...”, op. cit. pág. 551, para quien “con la doctrina constitucional instaurada acerca de la primacía absoluta de la ley sobre la negociación colectiva, incluso cuando la incompatibilidad es sobrevenida y conlleva la necesaria adecuación de ésta a aquélla, habrá de conllevar que la consecuencia principal que expresamente se establece ahora sobre la inaplicación de la norma convencional resulta en realidad del todo innecesaria... el legislador ha previsto suavizar las consecuencias ordenando no la desaparición del contenido de los acuerdos y convenios sino la mera suspensión temporal de su eficacia jurídica. Intentando así facilitar lo que sería una vuelta a la normalidad en el menor tiempo posible, por la economía de trámites que representa el hecho de que las normas en suspenso recobrarán su plena vigencia con la mera desaparición de las limitaciones legales”. Vid. también sobre el tema Sempere Navarro, A.V., “Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (Real Decreto Ley 20/2012)”, *Aranzadi Social* n° 5/2012 (BIB 2012/2769).

que se implanten adecuadamente mecanismos de solución extrajudicial de conflictos que hagan más eficaz y rápida la búsqueda de soluciones.

En la actualidad nadie duda de las innumerables ventajas que proporcionan los medios de solución extrajudicial de conflictos en cuanto a rapidez, flexibilidad, costes económicos y eficacia, entre otras, por lo que no podemos obviar tampoco su importancia en el ámbito de la conflictividad en el Sector Público. Sin embargo, los sistemas que tratemos de implantar en este ámbito deberán tomar en consideración las peculiaridades que presenta el empleador público, especialmente en lo que se refiere al sometimiento al principio de legalidad, la protección de los intereses generales de los ciudadanos y el principio de eficacia.

Cuando la Administración Pública o cualquiera de los entes que conforman el denominado Sector Público actúan como empleadores, recurriendo a la legislación laboral para ello, deben someterse a ella en todos los aspectos que rodean el devenir de dicha relación laboral, incluyendo la solución de conflictos de trabajo. Sin embargo, la influencia del derecho administrativo lleva a imponer ciertos límites al ámbito laboral que hacen realmente difícil implantar sistemas de solución autónoma de conflictos que se asemejen a los que con tanto éxito funcionan en el sector privado.

Es por ello que sería conveniente unificar, en este ámbito de la solución extrajudicial de conflictos, el régimen jurídico aplicable a todos los empleados públicos, eliminando los límites legales impuestos a la eficacia de los acuerdos o laudos que puedan surgir de la implantación de estos sistemas.